

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Essai d'une théorie de
la revision des lois
constitutionnelles
en droit positif français*

PAR

Georges BURDEAU

*Lauréat de la Faculté de droit de Strasbourg
Prix de Witt Guizot*

Soutenue le 1^{er} mars 1930, à 14 heures

Président : M. A. MESTRE.

Suffragants : MM. J. BARTHELEMY.

J. LAFERRIERE.

MACON

J. BUGUET-COMPTOUR, IMPRIMEUR

—
1930

*Essai d'une théorie
de la revision
des lois constitutionnelles
en droit positif français*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Essai d'une théorie de
la revision des lois
constitutionnelles
en droit positif français*

PAR

Georges BURDEAU

*Lauréat de la Faculté de droit de Strasbourg
Prix de Witt Guizot*

Soutenue le 1^{er} mars 1930, à 14 heures

Président : M. A. MESTRE.

Suffragants : MM. J. BARTHELEMY.

J. LAFERRIERE.

MACON

J. BUGUET-COMPTOUR, IMPRIMEUR

—
1930



A MA MERE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

AVANT-PROPOS

L'étude de la revision des lois constitutionnelles en Droit français ne présente sans doute pas l'attrait offert par les questions d'actualité. Nous ne sommes plus, en effet, à l'époque où aucune élection politique n'avait lieu sans que la revision de la constitution intervint pour une large part dans les programmes électoraux. Le silence qui, peu à peu, s'est appesanti sur les propositions de revision, à mesure qu'elles devenaient moins nombreuses et moins agressives, le calme même dont fut entourée la dernière revision, n'ont pas peu contribué à faire entrer cette institution parmi les autres institutions étatiques que l'on ne discute plus et dont le fonctionnement normal ne suscite plus ni intérêt ni enquête.

Nous avons eu l'occasion, en nous documentant pour ce travail, de lire les ouvrages, relativement nombreux par rapport à ceux qui, plus près de nous, traitent le même sujet, se rapportant à la revision des lois constitutionnelles, et nous avons été étonné par le ton souvent passionné des critiques et des louanges. C'est qu'alors la question de la revision était étroitement liée à celle du régime et on ne pouvait guère s'y intéresser sans qu'à la théorie juridique se joignent certains éléments politiques. Le juriste, dans son cabinet, ne pouvait rester sourd aux interventions à la tribune d'un Gambetta ou d'un Clémenceau, mais ce que son

œuvre gagnait ainsi en attrait, elle le perdait souvent quant à sa rigidité scientifique.

Aujourd'hui, au contraire, la question ne passionne plus l'opinion, mais on en conclurait à tort que tout intérêt se soit détaché d'elle. Ressortant désormais du strict domaine de l'analyse juridique, elle peut être étudiée avec de plus sérieuses garanties d'exactitude, et cette seule considération suffirait, nous semble-t-il, à justifier l'opportunité d'une étude s'y rapportant. Mais, en outre, la matière même à laquelle elle s'applique indique qu'il ne sera jamais vain de s'y intéresser puisqu'il s'agit au fond de prévenir les mouvements révolutionnaires par une saine adaptation de l'organisation étatique aux besoins nés de circonstances sans cesse nouvelles. Et de même que le géologue n'attend pas une éruption volcanique pour étudier les secousses sismiques, de même nous n'éprouvons aucun scrupule à tenter d'établir une théorie de la revision des lois constitutionnelles malgré son caractère apparent de parfaite inactualité.

Dès qu'on implique le consentement des hommes dans la formation des institutions, on doit reconnaître leur caractère essentiellement provisoire et nécessairement relatif. Aussi, à moins d'une présomption, qu'une dizaine de coups d'état et de révolutions ont sensiblement atténuée chez nous depuis 1789, toute institution humaine doit prévoir sa modification et, si elle est sage, tenter de l'entourer des formes qui la faciliteront. Simple et aisément accessible, cette procédure rendra l'institution plus durable que ne le ferait un ensemble de règles qui, par leurs exigences, risquent fort de susciter un mouvement populaire désireux d'obtenir, même par des procédés illégitimes,

une modification à laquelle l'organisation en vigueur ne permet pas de procéder avec rapidité. Cependant, il ne faut pas tenter cet instinct de changement inhérent à la nature humaine en permettant à quelques mécontents de mettre en cause à tout instant la règle fondamentale de l'Etat, car l'homme, si précis que soit en lui le sens de son intérêt individuel, n'a pas qualité pour décider seul de la forme qu'il convient de donner à l'organisation étatique. En effet, ainsi que l'a écrit Taine dans sa préface à l'Ancien Régime, « d'avance la nature et l'histoire ont choisi pour nous; c'est à nous de nous accommoder à elles, car il est sûr qu'elles ne s'accommoderont pas à nous. La forme sociale et politique dans laquelle un peuple peut entrer et rester n'est pas livrée à son arbitraire, mais déterminée par son caractère et son passé ». Il importe donc de trouver une solution qui concilie ces deux nécessités, d'une part la reconnaissance aux individus du droit de faire connaître par des voies légitimes l'organisation qu'il considèrent comme correspondante à leurs convictions et à leurs intérêts; d'autre part assurer à l'Etat une stabilité en rapport avec son rôle, par l'observation des lois historiques inéluctables que la volonté des hommes est impuissante à changer.

Le souci de cet équilibre se rapporte plus à l'art de la politique qu'à la science juridique et c'est pourquoi nous ne saurions ici insister plus longtemps sur ce problème. Toutefois, le point de vue juridique auquel nous entendons demeurer ne doit pas nous faire oublier que l'analyse des institutions, loin de porter en elle son propre but, est encore le meilleur moyen de résoudre avec quelque chance de succès, en un temps où l'on est trop porté à accueillir des idées aussi géné-

reuses qu'irrémédiables, l'angoissante question de la paix entre les peuples, en assurant d'abord la paix entre les peuples et leurs institutions nationales.

Qu'il nous soit encore permis, avant de pénétrer plus avant dans notre sujet, de dire combien nous regrettons les circonstances qui nous ont empêché de présenter ce travail devant la Faculté de Droit de Strasbourg, au sein de laquelle nous avons poursuivi toutes nos études juridiques. Que ses maîtres veuillent bien trouver ici l'hommage de notre profonde reconnaissance pour l'appui qu'ils ont toujours apporté à nos efforts et pour l'inlassable bienveillance dont ils ont entouré leur enseignement.

Verzé, 17 décembre 1929.

INTRODUCTION

« On parle du pouvoir constituant comme s'il était toujours présent. Quand la constitution d'un peuple est établie, le pouvoir constituant disparaît; c'est la parole du créateur qui commande une fois pour gouverner toujours; c'est sa main toute puissante qui se repose pour laisser agir les causes secondes, après avoir donné le mouvement et la vie à tout ce qui existe. »

Ces paroles emphatiques de Portalis témoignent assez bien de la conception courante touchant le pouvoir constituant. En effet, considérant le résultat de son intervention, on est souvent conduit à le considérer comme une puissance extérieure à l'ordre juridique dont les manifestations aboutissent à la création de l'organisation étatique. Cependant, on constate que, parmi les institutions juridiques, il en est qui se rapportent à la réglementation de ce pouvoir dont la première intervention eût justement pour but la création et l'organisation de ces institutions. On s'aperçoit alors que, selon le point de vue auquel on se place pour l'envisager, le pouvoir constituant apparaît supérieur à l'ordre juridique ou, au contraire, réglementé par lui. Cette considération domine tous les problèmes qui se rapportent à l'exercice du pouvoir constituant, à la détermination de l'autorité qui a qualité pour le faire valoir comme aux modalités de

sa procédure; mais c'est d'elle aussi que proviennent toutes les confusions qui menacent les constructions effectuées autour et à propos du pouvoir constituant.

Il n'est sans doute pas de question dans le Droit public où n'interviennent davantage, sous l'apparence de théories juridiques, des considérations qui, pour appartenir aux sphères supérieures de l'art politique, n'en obscurcissent pas moins le strict raisonnement juridique. C'est pourquoi nous jugeons utile, au début de cette étude, de circonscrire, avec la plus grande netteté possible, les données de la matière dont nous entreprenons l'examen (1).

Et d'abord, que faut-il entendre par pouvoir de revision ? Le pouvoir de revision, c'est la puissance constituante considérée à travers l'ordre juridique. Expliquons-nous. Lorsqu'on pense au pouvoir constituant, l'élément essentiel qui le caractérise, c'est son

(1) M. le professeur Le Fur, dans la riche préface qu'il a consacrée à l'ouvrage de M. de la Bigne de Villeneuve (*Traité général de l'Etat*, Sirey 1929, p. VII) expose les principes d'une méthode que nous ne saurions contredire. « Celui qui veut faire du droit pur, dit-il, sans connaître l'histoire ni la morale, la sociologie ni la politique, arrive à perdre tout contact avec la vie; il ne se meut plus que dans un domaine d'abstractions et de fictions, et on a pu dire avec raison que c'est là ce qui a, pendant un siècle, frappé de stérilité le droit public français. » Cependant si ces connaissances multiples sont indispensables pour saisir la réalité juridique et lui fournir en quelque sorte un contour concret, il ne faut pas en déduire que le juriste, pour analyser les données fournies par l'organisation étatique, doit ternir son raisonnement par des considérations empruntées à d'autres catégories de la connaissance humaine. Celles-ci doivent demeurer extérieures à l'œuvre entreprise, non pas inutiles puisqu'elles servent à en contrôler la valeur humaine, mais n'apparaissant pas dans le développement des théories qui doivent se suffire à elles-mêmes.

rôle, c'est cette force qui lui permet de poser l'ensemble des règles constitutives de l'Etat. Mais cette puissance peut être une puissance de fait qui tire sa force spéciale soit de l'autorité d'un individu, soit de l'adhésion de la collectivité sur laquelle l'ordre étatique, une fois établi, imposera sa contrainte. Elle peut être aussi une puissance de droit, c'est-à-dire une puissance dont les manifestations seront prévues et réglementées par un statut antérieur dont elle tirera toute sa valeur : elle interviendra dès lors, non en vertu d'un pouvoir qui lui est inhérent, mais en mettant en œuvre un pouvoir qu'elle emprunte à l'ensemble des règles parmi lesquelles elle se manifeste. C'est dans ce dernier cas qu'il convient de parler de pouvoir de revision.

En réalité, le juriste ne devrait parler que du pouvoir de revision et jamais du pouvoir constituant, car le pouvoir constituant proprement dit, celui qui établit la première constitution, n'est qu'un fait. Cependant, la succession des révolutions et des coups d'Etat, qui ont accompagné l'élaboration du Droit public français, a sans cesse placé sous les yeux des auteurs et du législateur, une puissance constituante extra-juridique. Et par une interpénétration bien naturelle de deux notions cependant différentes, on fut conduit à associer, sous le même terme de pouvoir constituant, le droit et le fait. D'où la difficulté à laquelle on s'est heurtée pour établir une théorie strictement juridique du pouvoir de revision. On se trouve sans cesse amené à considérer son titulaire dans les périodes troublées où l'ordre juridique était inexistant, et en cela on fait appel à des concepts politiques tout à fait étrangers à l'ordre juridique. Ou bien on établit une distinction inexacte entre le pouvoir constituant et le pouvoir de revision.

En raisonnant valoir que dans un grand nombre de pays, l'organe prévu pour les modifications constitutionnelles ne peut opérer qu'une revision limitée — doctrine dont on s'efforce en vain de trouver la confirmation dans le Droit positif français — on considère le pouvoir de revision comme ne pouvant effectuer que des réformes de détails et on reconnaît au seul pouvoir constituant le droit de changer intégralement les institutions en vigueur. On va même jusqu'à nommer les deux autorités compétentes pour remplir ces rôles d'importance bien différente : l'Assemblée Nationale, pour les revisions de détails; une Constituante ou une Convention — dont la constitution ne dit pas un mot — pour le changement total (1).

Nous n'avons pas à nous occuper du caractère révolutionnaire qu'a pris l'opération constituante dans les Etats modernes, particulièrement en France. Ce qui importe, c'est d'analyser cette opération par rapport au droit de l'Etat, et de montrer comment elle est conciliable avec la légitimité. Qu'il y ait dans l'opération constituante, selon l'observation d'Hauriou, une lutte constante du droit révolutionnaire et du droit de l'Etat, c'est un fait qu'il est impossible de nier. Mais, ce serait dépasser considérablement le cadre d'une étude juridique que de vouloir déterminer ce qui, dans la procédure actuelle, dénote les tentatives de ce droit révolutionnaire. En effet, il n'y a pas, à proprement parler, de droit révolutionnaire; l'ordre étatique, par le seul fait qu'il imprime l'estampille juridique à une institution la classe dans le droit de l'Etat. Si une solution de continuité se produit dans l'enchaînement

(1) Cf. Hauriou, *Précis élémentaire de Droit constitutionnel*, 1930, p. 112.

des constitutions, il faut voir dans ce phénomène endémique, chez les Etats modernes, non l'intervention d'une puissance légitime par rapport à un droit absolu supérieur au droit de l'Etat, mais un fait inconciliable avec la notion de droit. De ce que la règle juridique possède la puissance de déterminer elle-même sa propre création, l'élément qui la caractérise est la continuité. Dès lors, on ne saurait qualifier de droit, fut-il révolutionnaire, l'intervention d'un fait qui rompt cette continuité. D'autre part, il n'est pas davantage exact de considérer la fondation et la revision des constitutions comme une opération nécessairement révolutionnaire dans le fond. Sans doute, elle est réalisée au nom de la liberté politique et du droit, que détient la collectivité, de choisir les institutions correspondantes à ses aspirations, mais il n'en reste pas moins que, prévue et organisée par le statut juridique en vigueur, elle ne fait que mettre en œuvre le germe de développement contenu dans la règle fondamentale. Penser autrement, c'est faire de l'état de droit une inféconde stagnation et placer tout espoir de progrès dans les mouvements révolutionnaires.

Sans avoir de l'Etat « une conception aristocratique et légitimiste », on peut dire que, juridiquement, la volonté de laquelle résultent les décisions prises par l'organe de revision, n'est pas la volonté d'une majorité d'individus ni celle, hypothétique, que l'on nomme souveraineté nationale; le pouvoir mis en œuvre par l'organe de revision n'est que la force spéciale inhérente à la règle fondamentale de l'Etat considérée sous son aspect dynamique, c'est-à-dire comme la possibilité des règles qui se substitueront à elle. Il n'y a là rien qui rappelle une activité révolutionnaire, mais

simplement la manifestation de ce caractère de l'ordre juridique, déjà noté, qui le fait apparaître comme réglant sa propre création, sans l'intervention d'une force extérieure à lui.

On admet difficilement cet aspect strictement légitime de l'opération constituante parce que l'on est hanté par l'idée de l'autonomie de la liberté primitive de la collectivité à laquelle s'impose l'observation de normes étatiques et aussi parce que l'histoire nous présente cette opération comme une rupture de continuité de l'ordre juridique. M. Hauriou, dans une de ses synthèses hardies qui forment le caractère singulièrement attachant de ses ouvrages, s'était fait l'avocat de cette théorie révolutionnaire de l'opération constituante. Selon lui, « l'Etat moderne qui réalise un équilibre pratique de pouvoir minoritaire et de pouvoir majoritaire, d'action gouvernementale et de contrôle national, n'est et ne sera jamais que patricio-plébéen, c'est-à-dire une combinaison pratique avantageuse pour la liberté, mais inférieure au point de vue des principes de la légitimité étatique » (1). Politiquement, cette conception nous paraît certainement conforme à la réalité, encore qu'il faille mettre l'accent sur le pouvoir minoritaire des partis, mais son influence est inexistante sur la nature de l'opération constituante qui ne peut être autre que celle des diverses activités étatiques. Il ne faudrait d'ailleurs pas en conclure que la liberté de l'individu se trouve complètement sacrifiée à la réalisation de l'harmonie — que l'on confond trop souvent avec la rigidité — de l'ordre étatique. Elle subsiste, mais en ayant perdu ce caractère d'autonomie qui est incompatible avec la notion d'organisation

(1) Hauriou, *Op. cit.*, 1923, p. 292.

juridique. La volonté individuelle des citoyens intervient sans doute pour une bonne part dans l'élaboration ou la modification de la constitution, mais ce n'est plus une volonté inconditionnée, ce n'est même plus exactement la volonté des citoyens, c'est un acte de décision qui doit être imputé à un centre unique : l'Etat. Et par là, cette volonté, loin de présenter le caractère révolutionnaire d'indépendance, apparaît comme une manifestation de la validité de l'ordre nominatif en vigueur.

M. Mirkine Guetzevitch, analysant les tendances du droit constitutionnel moderne, telles qu'elles se dégagent des constitutions nées de la guerre, a noté cet effort pour soumettre au droit tout l'ensemble de la vie collective. Etudiant la participation de la collectivité à la puissance étatique, cet auteur montre que la volonté du peuple est efficace « non seulement parce qu'elle est la volonté de la majorité, mais aussi parce qu'elle s'insère dans les formes qui garantissent l'expression la plus raisonnable et la plus juste de cette volonté, rapprochant l'Etat libre de la véritable anthropocratie » (1). C'est bien ainsi, en effet, que l'on doit reconnaître un rôle à la volonté des membres de la collectivité nationale, en rompant avec les conceptions individualistes qui, faisant de cette volonté un élément perturbateur de l'ordre juridique, sans pour cela lui garantir une efficacité plus grande.

Au fond, la théorie d'Hauriou repose sur la croyance en deux espèces de droit : celui de l'Etat et celui antérieur à l'Etat. Ce dernier, toujours latent, malgré l'existence d'un droit de l'Etat, ne se manifesterait que

(1) Mirkine Guetzevitch, « *Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel.* » R. D. P., 1928, p. 13.

lorsque l'individu ne se sent plus suffisamment protégé par les institutions étatiques. Il serait en quelque sorte un droit opposé à celui de l'Etat et dont la raison d'être serait de le contrôler et de le contraindre à assurer à l'individu une situation conforme à celle à laquelle il prétend avoir droit. Que si l'Etat manque à son devoir de protection, ou use de sa puissance à l'encontre de l'individu, celui-ci devient en état de légitime défense, « il a recours au vieux droit de la liberté primitive même pour modifier la constitution de l'Etat, et ce geste a beau être révolutionnaire, la modification constitutionnelle n'en est pas moins juridique, car le droit révolutionnaire en sa qualité de droit de la liberté primitive est encore du droit » (1). Si généreuse que soit cette thèse, qui ne voit les dangers auxquels elle expose l'organisation étatique ? Elle constitue la justification de l'action révolutionnaire et n'attribue à l'Etat qu'un caractère provisoire puisque sa durée dépend ainsi de sa vertu. Mais à qui appartiendra-t-il de confronter le droit de l'Etat et celui de la liberté primitive qui lui est à la fois antérieur et supérieur ? Qui pourra décider si le contenu des règles du droit positif est conforme ou non à ce qu'il devrait être selon ce droit supérieur qui ne repose, en définitive, que dans la conscience des individus ? Qui ? sinon l'individu qui en sera réduit à se faire justice lui-même. Plutôt que droit, c'est d'inorganisation qu'il faudrait parler ici, car une semblable théorie ne conduit qu'à un retour vers la société primitive ; mais une société qui, loin de présenter cet aspect paisible et patriarcal, dont la légende l'entoure, serait vouée à un désordre continu, car elle se dresserait sans cesse contre ce

(1) Hauriou. *Op. cit.*, 1923, p. 286.

cadre, que la véritable société primitive ne connaissait pas, l'Etat imposant son organisation selon le développement de cet élément qui lui est essentiel : un ordre de contrainte.

Il s'agit, chez M. Hauriou, d'une conception philosophique à laquelle se rattachent, peut-être sans s'en rendre bien compte, les auteurs qui s'efforcent de reconnaître à l'action révolutionnaire une certaine légitimité, ne fut-ce que pour donner une teinte juridique à la création de la première constitution. Le moins qu'on puisse dire de ce droit antérieur à l'Etat, c'est qu'il n'est pas « juridique », c'est-à-dire qu'il ne présente pas ce caractère normatif et nécessaire que renferme le droit de l'Etat. Aussi bien, il s'agit de croyances qui relèvent du domaine de la foi philosophique, bien plus que de l'analyse scientifique, et nous préférons, en cette matière, nous en tenir à la doctrine professée par notre maître vénéré, M. Carré de Malberg, quant à l'unité du droit, lorsqu'à la suite d'un raisonnement d'une logique rigoureuse, il conclut : « Le droit, proprement dit, ne peut se concevoir que dans l'Etat une fois formé » (1).

(1) Nous n'ignorons pas les objections souvent acerbes qui ont été formulées à l'encontre de cette doctrine, mais ne considérant que la critique, en un certain sens élogieuse, de M. Gény (*Science et technique en droit positif*, Sirey, 1924, t. IV, p. 253), nous ne pouvons être convaincu par des arguments qui, voulant prouver l'erreur d'une théorie juridique, font appel uniquement à des considérations empruntées à la morale ou à la sociologie. Il nous semble, en effet, qu'il faut proclamer la plénitude de l'ordre juridique positif, mais de cet ordre seul, considéré comme un tout, capable, comme tel, de se suffire à lui-même, et laissant à la morale sa place en dehors du domaine propre du droit car ce domaine est suffisamment vaste pour qu'il soit inutile de chercher à l'étendre en y introduisant des questions qui lui sont étrangères.

La première constitution d'un Etat résulte forcément de circonstances qui ne ressortent pas d'une théorie juridique. Mais dès que cette constitution a été établie, elle doit organiser la procédure selon laquelle elle sera éventuellement modifiée et l'autorité à qui il appartiendra de procéder à ces changements. Ainsi, sauf le cas d'une révolution ou d'un coup d'Etat, il s'établira entre les constitutions successives d'un Etat une continuité et une rigidité des règles fondamentales procédant en quelque sorte les unes des autres. Les clauses relatives à la revision témoignent du désir d'assurer cette continuité de l'Etat par l'enchaînement des normes supérieures qui le constituent, continuité qui serait rompue si une modification à la règle fondamentale se produisait en dehors des formes prévues, car l'Etat, en tant que phénomène juridique, n'existant que par le système des règles qui forment sa substance, disparaît quand il se produit entre ces règles une solution de continuité (1).

Ainsi, c'est seulement par l'étude de la revision des lois constitutionnelles que l'on peut juridiquement analyser le pouvoir constituant et par là, il apparaît comme d'une nature identique à celle des autres pouvoirs mis en œuvres par les autorités étatiques. Loin d'être cette puissance renforcée que possède une collectivité inorganisée, c'est une puissance étatique subordonnée à l'application de certaines règles et tenue au respect des formes mises à son exercice. Il est intéressant de noter que les auteurs reconnaissent ce caractère en étudiant, dans leurs traités, le problème de la formation et de la revision des constitutions après

(1) Cf. Kelsen, *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*, p. 32; en sens inverse, Carré de Malberg, t. II, p. 494.

avoir exposé le fonctionnement des autres pouvoirs publics. Les termes mêmes dans lesquels la question est abordée indique déjà la portée qu'on lui attribue, puisque c'est le plus souvent sous le titre : de la revision des constitutions, que l'on trouve, dans la littérature actuelle, les études concernant le pouvoir constituant *lato sensu*. Cet ordre dans la disposition des matières prouve que la question du pouvoir constituant n'est plus considérée comme le problème fondamental du droit constitutionnel puisqu'on ne l'aborde qu'en dernier lieu. En cela, les auteurs adoptent une méthode irréprochable car, en tant que pouvoir étatique, le pouvoir de revision n'exige pas un rang spécial dans l'étude de l'organisation de l'Etat. Toutefois, en prenant en considération, non la qualité de son auteur, mais les règles qu'il pose, il semblerait plus conforme à une juste échelle de valeurs de l'étudier en premier lieu : mais aussi bien, ce ne sont pas les règles que l'on analyse, mais le fonctionnement de l'autorité qui les pose.

Le pouvoir de revision est donc le pouvoir dont un organe est statutairement investi pour modifier ou remplacer la règle fondamentale qui est au sommet du système des normes étatiques. La question de savoir si le peuple peut ou doit y être associé n'est pas en soi une question juridique mais un problème de méthode politique de création du droit. Cependant, on doit se demander comment, dans un système de souveraineté nationale, tel qu'il fut consacré par nos institutions, la puissance constituante peut être reconnue à l'un quelconque des organes que l'on désigne sous le nom d'organes constitués. La difficulté présentée par cette question est considérable, car il est bien évident que l'organe à qui aura été attribuée la puissance constituante,

deviendra maître non seulement de la constitution mais de sa propre puissance à laquelle on ne pourra toucher sans son consentement et, dans ce cas, la nation ne jouira plus d'une pleine souveraineté pour modifier sa constitution. D'autre part, le principe de la souveraineté nationale s'oppose à ce qu'une autorité constituée se confère elle-même sa propre puissance. Enfin il semble que du fait de l'attribution de la puissance étatique à trois pouvoirs distincts répartis entre trois organes, le pouvoir constituant duquel les autres pouvoirs relèvent et tiennent leur compétence, présente une force supérieure dont l'exercice doit être remis à une autorité spéciale qui ne soit pas elle-même un organe constitué. La seule solution permettant de concilier ces exigences diverses est sans doute de considérer la nation comme le sujet de ce pouvoir, et c'est en effet le procédé auquel ont eu recours nos constitutions révolutionnaires. Mais ce système s'est révélé en pratique comme riche en dangers qui compromettaient la stabilité de l'ordre étatique et c'est pourquoi la constitution de 1875 a jugé préférable d'attribuer à un organe constitué la compétence pour reviser les lois constitutionnelles. En ce sens on peut dire que nos lois de 1875 n'ont pas respecté le principe de la souveraineté nationale, mais c'est parce que ce principe, entendu dans son sens absolu est inconciliable avec une organisation étatique durable. Sans doute le corps législatif a vu sa puissance s'accroître par le droit qu'on lui reconnaît à l'initiative de la revision, mais nous verrons que juridiquement cette toute puissance n'est pas aussi absolue qu'on l'a prétendu et d'autre part il ne faut pas oublier que l'organe législatif est un organe représentatif et que

par là la nation conserve un droit de contrôle sur son activité. Certes, ce droit ne s'exerce que par intermittence et ne présente qu'une efficacité relative, cependant, puisqu'il fallait concilier deux nécessités divergentes, on devait demander des concessions de part et d'autre.

Dans une précieuse étude relative à la souveraineté nationale, M. Hauriou montre bien qu'on ne peut concevoir ce principe comme l'entendaient les doctrinaires de la Révolution. « La souveraineté réside dans la nation, c'est entendu, mais si elle résidait dans la nation de telle sorte qu'elle éliminât toute sujétion, la théorie de la souveraineté nationale serait fausse, car le fait primordial du gouvernement nous impose d'admettre qu'il existe un pouvoir de gouvernement dont la nation est sujette... Il faut donc que la souveraineté de la nation s'accommode d'une sujétion de la nation. » (1). L'harmonie et l'équilibre forment, en effet, les meilleures chances de durée pour les institutions, durée que l'application de principes intransigeants ne saurait leur assurer d'une façon aussi complète.

Il ne faut pas oublier que le domaine de la création et de la revision de la constitution se trouve à l'origine même du droit, au-dessus de lui on ne saurait trouver de garantie juridique. Le droit tire sa supériorité de la sanction coercitive qui est attachée aux règles qu'il prescrit, mais cette supériorité est aussi une faiblesse puisqu'on ne peut pas trouver de sanctions susceptibles de garantir la parfaite moralité des mobiles qui président à l'élaboration de la règle initiale. Ainsi que le note M. Carré de Malberg, « il arrive toujours un

(1) Hauriou, *La Souveraineté nationale*. Sirey 1912, p. 129.

moment où le droit devient impuissant à assurer, à lui seul, le bien de la communauté et de ses membres, et où la législation positive sentant son pouvoir expirer, doit, pour que ses buts soient atteints, faire appel aux lois de l'ordre moral et à la culture morale des citoyens ».

Il est dangereux de remettre la puissance constituante à une autorité qui pourrait en user pour exercer une véritable tyrannie, mais l'attribuer à la collectivité impulsive et mal renseignée ne présente pas moins de risques. Ce risque, notre histoire constitutionnelle l'a fait suffisamment apparaître, et, lorsque il s'est agit d'établir une nouvelle constitution, on a préféré l'autre danger. Cinquante ans de vie constitutionnelle calme et sans solution de continuité, trois revisions opérées selon les formes prévues, la traversée d'une épreuve effroyable à laquelle des organisations séculaires n'ont pu résister et que le régime institué par nos lois constitutionnelles a cependant surmonté sans que rien ne soit changé dans les textes en vigueur, prouvent que le choix n'a pas été trop malheureux et que le danger redouté n'est pas aussi pressant qu'on le faisait valoir pour des motifs souvent étrangers, du reste, à des considérations juridiques.

Aussi bien nous n'essaierons pas d'apprécier l'organisation de la revision telle qu'elle résulte de l'art. 8 de la loi du 25 février 1875. Nous nous proposons seulement de l'étudier et de dégager de ce texte très bref une théorie du pouvoir qu'il consacre. Pour cela nous tenterons d'abord de faire apparaître la nécessité qui s'impose, dans un régime constitutionnel, d'un pouvoir de revision s'exerçant conformément à un ordre statutaire antérieur. Puis nous nous efforcerons de dé-

gager de cette nécessité la véritable nature du pouvoir de revision qui nous apparaîtra, dès lors, comme d'une essence identique à celle de la puissance mise en œuvre par les diverses autorités étatiques. Ces deux questions feront l'objet des deux premiers chapitres de ce travail; l'un se plaçant surtout au point de vue historique par l'étude des deux principaux systèmes proposés en droit français pour résoudre le problème qui se pose à propos du sujet du pouvoir constituant; l'autre envisageant la question en quelque sorte par l'intérieur, sous son aspect théorique.

Un troisième chapitre sera consacré à l'étude du principe traditionnel en France de la spécialité de l'organe constituant et nous verrons comment ce principe, absolu en théorie, fut l'objet d'une déviation qui le plus souvent a conduit à accorder au pouvoir législatif une part prépondérante dans l'œuvre constituante jusqu'au jour où nos lois de 1875, confirmant cette tendance, ont remis à un seul et même organe l'exercice de la fonction constituante et de la fonction législative.

Dans un quatrième chapitre, nous aborderons l'étude de la procédure actuelle de la revision en insistant spécialement sur le caractère de l'Assemblée Nationale qui forme, dans notre droit, une institution tout à fait particulière.

Enfin, un dernier chapitre sera tout entier consacré à l'étude de la question, très controversée, de l'étendue des pouvoirs de l'Assemblée Nationale. Après avoir étudié les théories qui professent la subordination du Congrès aux résolutions préalables des Chambres, et celles qui affirment au contraire l'omnipotence complète de l'Assemblée Nationale, nous

essaierons, à la lumière des conclusions qui se seront dégagées des précédents chapitres, de justifier la solution, en faveur de l'Assemblée, qui nous paraît la seule acceptable.

Notre conclusion, bien qu'une semblable affirmation semble, au premier abord, superflue, s'efforcera de montrer que c'est à l'organe de revision seul qu'il appartient d'apporter à la constitution les modifications susceptibles d'adapter les dispositions aux nécessités résultant de l'évolution continuelle de la vie sociale. Nous plaçant en face de la théorie de la coutume constitutionnelle, nous essaierons de préciser le champ d'activité qu'un régime, tout entier basé sur la loi positive, peut légitimement accorder à la coutume et ainsi nous observerons que la revision des lois constitutionnelles ne rentre pas dans les limites de son domaine. Si pressante que soit l'évolution coutumière, il ne lui appartient pas d'aller à l'encontre de la règle de droit positive; seul l'organe qui a statutairement reçu compétence pour la modifier, peut substituer à la règle fondamentale une disposition nouvelle.

Ce plan ainsi tracé nous fait voir durement combien notre travail est restreint par rapport à l'amplitude de la question que nous avons l'ambition de traiter. N'aurait-il pas fallu, en particulier, consacrer un chapitre à l'étude des revisions qui ont été apportées à la constitution selon la procédure qu'elle a organisée ? On eut pu apprécier ainsi, par son fonctionnement, le mécanisme dont nous n'avons fait que donner un schéma; cependant les différentes revisions de 1879, 1884 et 1926 ayant été souvent et définitivement décrites, nous avons pensé qu'il était inu-

tile d'y revenir puisqu'aussi bien le but de l'étude scientifique n'est pas de tout dire, mais de pénétrer dans un domaine où il reste encore quelque chose à dire. N'aurions-nous pas dû surtout nous attacher davantage à l'examen des législations étrangères ? A la réflexion, il nous a paru qu'une étude de droit comparé à propos d'un sujet aussi vaste eut été nécessairement rudimentaire et incomplète ; d'autre part, il nous semble, qu'en cette matière, il y a peu de profit à tirer de l'analyse des institutions étrangères. En effet il ne s'agit pas ici de perfection absolue et un système de revision qui s'est montré d'une pratique avantageuse dans un Etat voisin, ne produira peut-être chez nous que trouble et confusion, car selon l'observation de J. de Maistre, « une constitution qui est faite pour toutes les nations n'est faite pour aucune : c'est une pure abstraction, une œuvre scolastique faite pour exercer l'esprit d'après une hypothèse idéale, et qu'il faut adresser à l'homme dans les espaces imaginaires où il habite » (1). En cette matière, l'étude du droit comparé, c'est en envisageant la succession de nos constitutions qu'il convient de l'aborder, et à cette exigence nous n'avons pas manqué. Aussi la théorie que nous proposons comme établie spécialement d'après les données de notre droit positif, se rattache étroitement aux institutions qui ont précédé celles qui nous régissent. Encore une fois, ce n'est qu'une théorie. Nous sommes convaincu qu'elle en présente tous les défauts, mais nous n'osons espérer qu'elle a su conserver quelques-unes des qualités qui s'attachent aux études strictement spéculatives.

(1) J. de Maistre, *Considérations sur la France. Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*. Nouv. libr. Nationale, 1907, p. 88.

CHAPITRE PREMIER

DE LA REVISION DE LA CONSTITUTION CONSIDÉRÉE
COMME INSÉPARABLE D'UN ORDRE STATUTAIRE PRÉÉTABLI.

CHAPITRE PREMIER

*De la revision de la constitution considérée
comme inséparable d'un ordre statutaire préétabli.*

Quelque excellente que paraisse une constitution au moment où elle est votée, elle n'en demeure pas moins une œuvre humaine dont la perfection ne peut être que provisoire. Lorsque les besoins du pays, ses aspirations ou ses mœurs ne trouvent plus leur libre développement dans les limites du texte écrit, la constitution doit être modifiée sous peine de bouleversements plus graves. Ce serait en effet faire preuve d'une incompréhension totale du sens des institutions que d'en décréter la perpétuité. La proposition de Philippe Delleville demandant à la Convention d'appliquer la peine de mort à quiconque voudrait modifier la constitution, encore qu'elle témoignât d'un désir louable de stabilité, nous paraît aujourd'hui l'œuvre d'un cynique présomptueux : en art seulement l'auteur est infaillible.

Sans doute l'élaboration d'une constitution met en œuvre la foi des constituants, mais c'est une foi qui ne supporte pas l'épreuve du temps et elle ne saurait lier, par le seul motif de sa sincérité, le développement naturel de l'Etat. C'est par une méconnaissance de ce principe que l'Assemblée Nationale, enfin délivrée du péril monarchique, déclara, le 6 août 1884, que la République était la forme définitive du Gouvernement de la France. Il s'agit bien là d'un acte de foi néces-

sairement dépourvu de sanction et qu'on ne pourrait légitimement opposer à la volonté nationale si elle venait à mettre en cause la forme du gouvernement.

Personne ne songe plus aujourd'hui à nier que la constitution soit, de son essence, mobile, et M. Esmein, résumant l'opinion courante, pouvait affirmer : « toute constitution écrite et rigide, à moins d'être profondément illogique et souverainement imprudente, doit organiser la procédure par laquelle elle pourra être révisée et modifiée » (1). Mais si la constitution est toujours révisible, à qui appartient le droit d'opérer cette revision, qui a le pouvoir de changer l'organisation constitutionnelle ? Sur ce point notre histoire constitutionnelle est riche en système de revision et il convient, avant d'examiner la combinaison qui a pris place dans nos lois de 1875, d'analyser les principes selon lesquels ils furent établis.

Dans le système de la souveraineté nationale tel qu'il fut consacré par la Révolution, la nation forme le véritable élément constitutif de l'Etat. La puissance souveraine qui, jusqu'à 1789, n'appartenait qu'au roi fut reconnue à la collectivité nationale. « La souveraineté ou puissance étatique, ce n'est pas autre chose, en effet, que le pouvoir social de la Nation, un pouvoir qui est essentiellement national en ce sens et par ce motif qu'il se fonde uniquement sur les exigences de l'intérêt de la Nation et qu'il n'existe que dans cet intérêt national. » (2). En consacrant cette théorie, la Révolution ne faisait que reconnaître la norme absolue d'après laquelle le pouvoir social ne se justifie que s'il est exercé en vue de l'intérêt de la com-

(1) *Elément de Droit constitutionnel*, 7^e éd., t. II, p. 495.

(2) Carré de Malberg. *Contribution de la théorie générale de l'Etat*, t. II, p. 171.

munauté. Mais en même temps elle bouleversait les théories de l'ancien Droit en proclamant que la souveraineté n'était pas la propriété des gouvernants, fondée sur un droit inné en leur personne, mais une simple compétence que leur avait attribué la Nation, seule propriétaire de la souveraineté. C'est ce qu'affirmait l'art. 3 de la déclaration de 1789 en posant que « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ». Toutefois la souveraineté n'est pas davantage l'apanage des nationaux pris individuellement, elle réside indivisiblement dans la nation tout entière. La portée négative de cette conception conduisait à dénier aux citoyens le droit d'exercer un pouvoir dont la source serait en eux et non dans une concession nationale. La volonté individuelle est impuissante, seule la volonté générale traduit la souveraineté nationale. Dès lors les détenteurs de la souveraineté, n'ayant aucune puissance propre, ni aucune vocation personnelle à son exercice, ne pourront en user que dans la mesure où elle leur a été confiée par la nation.

De ce principe découle la nécessité d'une organisation constitutionnelle qui fixera les limites dans lesquelles les détenteurs de la souveraineté auront compétence pour l'exercer. C'est par la constitution que la nation transmettra la puissance publique, traduction positive de la souveraineté, aux divers organes qui seront chargés de l'exercer pour le compte de la collectivité. Ainsi la constitution est à l'origine de tous les pouvoirs qui agissent dans l'Etat parce que, seule, la dévolution qu'elle en fait les rend légitimes. Mais alors, la question se pose de savoir qui aura qualité pour opérer cette dévolution, pour répartir

les compétences entre les organes étatiques, en un mot, pour faire la constitution elle-même et, éventuellement, décider qu'il y a lieu d'en modifier les dispositions.

Avant d'étudier les systèmes qui ont été préconisés comme solutions à ce problème, il convient d'écarter le cas d'une constitution primitive qui ne peut se rapporter à aucune directive antérieure. Si on se place postérieurement à la constitution, l'organe prévu par elle pour procéder à ses transformations pourra exercer sa compétence selon les formes qui lui sont imposées, mais lorsqu'il s'agit de fonder la constitution elle-même, on ne peut plus faire appel à l'organe puisqu'il suppose la constitution. Ainsi que le déclare M. Duguit : « La constitution émane de l'Etat. Elle est une manifestation de la volonté de l'Etat; or, pour exprimer sa volonté, il faut à l'Etat, personne collective, au moins un organe. Donc les organes directs sont créés par l'organe de l'Etat qui a compétence pour faire la constitution. Mais l'organe constituant lui-même, d'où vient-il ? Organe direct, il émane de la volonté de l'Etat; il sera lui aussi un organe créé par un autre organe. Et ainsi de suite. Où donc trouver l'organe véritablement direct et primaire, le premier organe de création ? Je n'aperçois que des organes créés et le vrai problème du droit public est de saisir l'organe vraiment créateur » (1).

Faisons, sans y insister davantage pour le moment, toutes réserves sur l'affirmation que la constitution émane de l'Etat, il est évident que si l'on cherche un organe initial, créateur de la première constitution, on ne le trouvera pas. On aura beau re-

(1) *Traité de Droit constit.*, 3^e éd., 1928, t. II, p. 574.

monter de constitution en constitution, même en admettant qu'il n'y a aucune solution de continuité entre elles par suite de révolutions ou de coups d'Etat, on ne fera que reculer la difficulté pour arriver toujours à un moment où la collectivité a du, pour la première fois, puiser en elle-même la force de s'organiser en Etat et se donner une constitution originaire. Il y a là, une constatation du plus simple bon sens, mais il semble que l'erreur de Duguit soit de voir dans la recherche de cet organe constituant initial un problème juridique qui impliquerait la découverte d'une solution juridique, c'est-à-dire d'une organisation première de l'Etat susceptible de rentrer dans une catégorie juridique. C'est justement cette solution juridique qui ne peut pas être trouvée parce que le problème n'en comporte pas (1). En effet, aussi longtemps que l'Etat ne possède pas d'organe, il n'existe pas comme entité juridique car il y a entre le droit et l'Etat une corrélation qu'on ne saurait nier sans tomber dans les spéculations décevantes du droit naturel. L'organisation de la collectivité nationale qui donne naissance à l'Etat crée en même temps les organes par lesquels s'exercera la puissance étatique; mais cette organisation elle-même procède d'une origine qui est hors de l'Etat donc hors du droit et qui, pour

(1) Par la remarque citée plus haut, Duguit prétend ruiner la théorie de l'organe, mais ce n'est pas seulement celle-ci qui s'effondrerait si la question posée devait comporter une solution juridique, ce sont toutes les doctrines qui admettent que la constitution primitive de l'Etat résulte d'un acte juridique, car elles ne parviennent pas à démontrer le caractère juridique de cet acte. Il y a entre le droit et le fait une frontière que le juriste ne doit pas franchir sous peine d'empiéter sur un domaine qui n'est pas le sien et où ses méthodes d'investigations demeurent vaines.

si intéressante qu'elle soit, ne peut être aux yeux du juriste qu'un fait (1).

Il était intéressant d'éliminer cette question de la confection primitive des constitutions, d'une part parce qu'elle ne peut pas être traitée juridiquement et d'autre part, parce que nous allons retrouver dans les doctrines révolutionnaires touchant le pouvoir constituant et le droit de revision la même erreur que celle que nous venons d'examiner tendant à attribuer un caractère juridique aux événements qui ont déterminé la fondation de l'Etat.

SECTION PREMIÈRE

Doctrin de Sieyès sur un pouvoir constituant libre de toutes formes.

Les théoriciens du XVIII^e siècle n'étaient pas d'accord quant à l'autorité à qui il appartenait de modifier les lois constitutionnelles. Si on excepte la théorie absolue, professée par Vattel dans son *Droit des gens*, qui exigeait pour cette modification le consentement unanime de tous les citoyens (2), on se trouve en présence de deux opinions : celle de Sieyès et celle de Rousseau, la seconde devant déterminer toute l'orientation du droit constitutionnel français.

(1) Voir cependant Haurion, *Précis de Droit const.*, 1930, p. 22 et suiv.
et '3.

(2) Wolf apporta à cette doctrine un tempérament qui permet de la rapprocher de celle de l'auteur du Contrat social. Il est obligé de reconnaître qu'en fin de compte la décision prise

D'après Sieyès la souveraineté populaire réside dans le pouvoir constituant du peuple; les lois constitutionnelles sont intangibles à l'égard des pouvoirs constitués mais la nation de qui elles émanent n'est pas liée par elle. Le peuple ne peut faire abandon de son pouvoir constituant à aucune autorité quelle qu'elle soit, et c'est à lui seul qu'il appartient de changer l'acte constitutionnel. Bien plus, ce pouvoir lui appartient à titre originaire et il peut l'exercer en dehors de toutes formes car c'est seulement ainsi que sera assurée l'autonomie et la primauté de sa volonté. « Quand elle le pourrait, dit Sieyès, une nation ne doit pas se mettre dans les entraves d'une forme positive. Ce serait s'exposer à perdre sa liberté sans retour, car il ne faudrait qu'un moment de succès à la tyrannie pour dévouer les peuples, sous prétexte de constitution, à une forme telle qu'il ne leur serait plus possible d'exprimer librement leur volonté, et par conséquent de secouer la chaîne du despotisme. On doit concevoir les nations sur la terre comme les individus hors du lieu social, ou, comme l'on dit, dans l'état de nature. L'exercice de leur volonté est libre et indépendant de toutes les formes civiles. N'existant que dans l'ordre naturel, leur volonté, pour produire tout son effet, n'a besoin que de porter les caractères naturels d'une volonté. De quelque manière qu'une

le sera par la majorité des citoyens, la minorité ayant, du reste le droit de se séparer de la nation puisque le pacte social n'est plus respecté. Du reste Vattel lui-même semble s'être rendu compte des difficultés pratiques d'application de sa théorie. Il écrit, en effet : « Dans la conduite ordinaire de l'Etat, le sentiment de la pluralité doit passer, sans contredit pour celui de la nation entière, autrement il serait comme impossible que la société prit jamais aucune résolution. » *Droit des Gens*, à Londres, 1758, liv. I, chap. III, § 33.

nation veuille, il suffit qu'elle veuille; toutes les formes sont bonnes et sa volonté est toujours la loi suprême... » (1).

Mais cette souveraineté populaire aussi libre qu'une force de la nature, Sieyès en atténuait en pratique sensiblement la portée. Obligé de se soumettre aux nécessités de la politique et de trouver une solution susceptible d'application, il dut maintenir, en matière constituante, le régime représentatif qu'il préconisait pour la législation ordinaire. Sans doute, pour marquer la supériorité du pouvoir dont ils allaient être investis, il demandait que les représentants mandatés pour l'exercice du pouvoir constituant fussent différents des représentants ordinaires, mais cette réserve n'empêche pas que l'intégrité de la volonté nationale était en fait compromise. Toutefois l'application de la représentation à l'œuvre constituante n'était pas, comme on l'a prétendu, absolument inconciliable avec la doctrine de Sieyès sur la souveraineté nationale. M. Carré de Malberg nous paraît, en effet, sous-estimer l'organisation conçue par Sieyès lorsqu'il écrit : « Le régime représentatif, s'il se conçoit pour les actes courants de la souveraineté constituée, ne peut, s'adapter à l'acte fondamental de création de la constitution. D'après la théorie de la souveraineté populaire, en effet, c'est précisément par la constitution que le peuple consent au régime représentatif et abandonne le gouvernement direct... La représentation politique découle de la constitution, elle la présuppose donc, et, par suite, elle ne peut pas servir à sa confection. Au surplus, s'il est vrai que la confection d'une constitution nouvelle implique un renouvellement du contrat so-

(1) *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?* 3^e éd., 1789, p. 65.

cial, il y a une raison décisive qui exclut toute possibilité de représentation du peuple à ce contrat : c'est que le peuple, au moment de faire un tel pacte, se trouve à l'état inorganique, il ne possède point de représentant, personne n'a encore qualité pour le représenter » (1).

Il nous paraît impossible de saisir la contradiction que notre éminent maître veut relever dans le système de Sieyès. En effet, celui-ci prévoit précisément que les modifications à la constitution doivent être effectuées en dehors de toutes formes et dès lors, il est bien difficile de l'accuser d'illogisme sous prétexte que la représentation qu'il organise présuppose une constitution. Rien n'empêche que le peuple opère le renouvellement du pacte social par des représentants que ne prévoit pas la constitution. C'est du reste ainsi que Sieyès oppose les représentants ordinaires agissant dans les formes constitutionnelles, aux représentants extraordinaires qui auront « tel nouveau pouvoir qu'il plaira à la nation de leur donner... Je dis qu'ils ne sont pas astreints aux formes constitutionnelles sur lesquelles ils ont à décider : 1° cela serait contradictoire, car ces formes sont indécises, c'est à eux de les régler... 3° ils sont mis à la place de la nation elle-même ayant à régler sa constitution » (2). Ainsi, dès qu'une modification à l'acte constitutionnel est décidée, le peuple reprend son indépendance et exerce son pouvoir constituant comme le décide son inspiration du moment, mais, et c'est sur ce point que Sieyès insiste, en dehors de toutes formes. Dès lors l'absence d'une constitution ne saurait empêcher que

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 489.

(2) *Op. cit.*, p. 68.

le renouvellement du pacte social eut lieu par représentants. Puisqu'il n'y a plus ou pas encore de constitution on ne peut pas parler de régime représentatif. C'est un terme qui ne se conçoit que dans le cadre de la constitution; avant elle il n'y a pas encore de régime politique, il n'y a, pour les hommes de la Révolution, que la volonté de la nation. La représentation qu'avait en vue Sieyès était un moyen technique de faciliter l'élaboration de l'acte constitutionnel. Comment montrer davantage qu'il ne s'agit pas du régime représentatif ordinaire qu'en disant que cette représentation spéciale d'ordre constituant « n'est soumise à aucune forme en particulier, qu'elle s'assemble et délibère comme le ferait la nation elle-même », c'est-à-dire indépendamment de tout statut positif antérieur. C'est du reste une semblable conception qui justifie la phrase fameuse d'Esméin, et à laquelle s'associe M. Carré de Malberg, sur l'action révolutionnaire légitime et en permanence.

Aussi bien, l'indépendance de ces représentants était égale à celle qui, théoriquement, appartient à la nation quand elle décide de modifier la constitution. Ils suppléent à l'Assemblée de la nation; comme elle, ils sont indépendants de toutes formes constitutionnelles. « Il leur suffit, écrit Sieyès, de vouloir comme veulent les individus dans l'état de nature; de quelque manière qu'ils soient députés, qu'ils s'assemblent ou qu'ils délibèrent, pourvu qu'on ne puisse pas ignorer... qu'ils agissent en vertu d'une commission extraordinaire des peuples, leur volonté vaudra comme celle de la nation elle-même » (1). Ainsi, par un procédé de représentation, Sieyès veut consacrer l'indépen-

(1) *Op. cit.*, p. 70.

dance absolue dans laquelle s'effectuent les transformations de la constitution; et il donne ses raisons. « Ce n'est point la nation que l'on constitue, c'est son établissement politique.... Les pouvoirs compris dans l'établissement public sont tous soumis à des lois, à des règles, à des formes qu'ils ne sont point les maîtres de changer. Comme ils n'ont pas pu se constituer eux-mêmes, ils ne peuvent pas non plus changer leur constitution : de même ils ne peuvent rien sur la constitution les uns des autres. Le pouvoir constituant peut tout en ce genre. Il n'est point soumis d'avance à une constitution donnée. La nation, qui exerce alors le plus grand, le plus important de ses pouvoirs, doit être, dans cette fonction, libre de toute contrainte et de toute forme, autre que celle qu'il lui plaît d'adopter » (1).

Que faut-il penser d'une telle doctrine ? Faut-il, du fait que la constitution originaire de l'Etat n'est pas susceptible de construction juridique, déduire que sa revision échappe à toute règle juridique préétablie ? Doit-on admettre que les fondateurs d'une constitution n'ont pas qualité pour lier les générations futures en réglementant la procédure de revision ? Il ne le semble pas. Sans doute on a prétendu que l'autorité de qui émanent les dispositions relatives à la revision éventuelle ne pourrait les prendre qu'en vertu d'un pouvoir que lui eut conféré un statut supérieur. Or, dit-on, ce statut suprême ayant pouvoir d'attribuer une fois pour toutes, à une autorité quelconque, l'exercice de la puissance constituante, ce statut n'existe pas. il n'y a pas au-dessus de la constitution un pouvoir superconstituant susceptible d'accorder à l'autorité

(1) « Exposition raisonnée » du 20 juillet 1789. *Arch. parlementaires*, t. VIII, p. 259.

qui établit une constitution le droit de déterminer selon quel mode s'opéreront, à l'avenir, les revisions. A plus forte raison, l'autorité qui fait la constitution ne pourra-t-elle se donner à elle-même un tel pouvoir. La puissance constitutionnelle n'est qu'une puissance de fait et ne peut s'appliquer qu'au fait actuel. Le droit n'existe qu'à l'intérieur de la constitution, il ne subsiste qu'aussi longtemps qu'elle n'est pas modifiée et par conséquent il ne peut pas réglementer les constitutions ultérieures. On ne peut pas admettre que la validité d'une constitution dépende de l'observation des règles posées par la précédente pour sa revision, car ce serait reconnaître à celle-ci la facilité de produire des effets juridiques qui lui survivront, or, une constitution ne peut avoir de force que tant qu'elle est en vigueur, mais pas au-delà.

Cette argumentation s'appuie par ailleurs sur des considérations tirées de l'expérience qui enseigne en effet qu'une constitution n'a pas besoin, pour être valable, d'avoir remplie les conditions édictées par la précédente pour sa revision. Il suffit que les circonstances soient telles que la collectivité nationale l'accepte et la respecte. Du reste, l'expérience ici confirmerait la théorie qui ne voit dans la naissance des constitutions qu'un fait insusceptible de coloration juridique.

Il est bien vrai, certes, et notre histoire le prouve abondamment, qu'une constitution peut résulter de circonstances et de l'emploi de moyens que sa devancière n'avait pas prévus. Mais cette hypothèse entraîne la création de la constitution hors du domaine juridique et de même que l'existence des voleurs n'infirmes pas les règles concernant la propriété, de même on ne peut refuser la valeur de règle de droit à la procédure

de revision prévue par une constitution, sous prétexte qu'elle ne sera pas observée. Ainsi que le fait remarquer M. Carré de Malberg (1), un tel critérium aurait pour effet d'ébranler la valeur juridique d'une grande partie des institutions consacrées par la constitution en vigueur. En outre, l'inapplication éventuelle de la règle de droit n'a rien qui doive infirmer celle-ci, car, selon l'observation de M. Kelsen, c'est cette inapplication possible qui caractérise, par rapport à l'ordre naturel, l'ordre juridique. Alors qu'il est inconcevable qu'un corps enfreigne une loi naturelle, une règle qui oblige les individus à un strict conformisme peut être transgressée, sans par là, perdre sa valeur. « On dit bien, il est vrai, que la règle est violée, mais cela ne signifie nullement qu'elle cesse d'être en vigueur; sa validité n'est pas atteinte. Or, c'est en cette validité que consiste précisément l'existence des règles. Et un ordre normatif peut être parfaitement valable alors même que la réalité n'y est pas parfaitement conforme » (2).

Enfin il semble que dénier aux prescriptions relatives à la revision le caractère d'institutions juridiques pour la raison que l'auteur d'une constitution n'a pu déterminer la création des constitutions ultérieures, c'est reconnaître à l'acte constitutionnel une portée moindre qu'elle n'est en réalité. En effet, les dispositions d'une constitution, du seul fait qu'elles sont respectées, prennent une valeur qui dépasse celle qu'elle possèdent de la seule volonté de leur créateur. Le temps apporte à l'ordre constitutionnel une vigueur qui fait « qu'il apparaît moins comme une créa-

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 525.

(2) *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*, p. 7.

tion volontaire de ses créateurs que comme la résultante et le produit de toutes les causes ou forces sociales et nationales qui ont contribué à asurer sa durée » (1). Les pouvoirs de l'auteur de la constitution sont en quelque sorte perpétuellement renouvelés par les circonstances confirmant l'ordre constitutionnel dans une stabilité qui, en fin de compte, n'est pas autre chose que l'ordre juridique. C'est pourquoi il est à la fois logique et conforme à une juste conception du droit de reconnaître à la constitution le pouvoir de prévoir et d'organiser sa propre revision, car ce pouvoir n'est pas seulement fondé sur la puissance d'une volonté dont les décisions n'ont pu avoir qu'une valeur provisoire, mais encore sur un statut dont l'application présente et respectée prouve qu'il est adéquat aux besoins et aux intérêts du milieu qu'il régent.

Toute la théorie de Sieyès est viciée par une erreur initiale, celle de placer l'idée d'un droit naturel à la base de l'œuvre constituante en ne reconnaissant à la constitution d'autre fondement que ce droit absolu antérieur à l'Etat. Sans doute il existe des normes de morale supérieures au droit positif, mais elles ne sauraient être érigées en préceptes juridiques. Toutes les théories qui procèdent de la croyance en un pacte social commettent la même erreur qui est de vouloir enfermer dans une construction juridique les événements d'où sont sorties la fondation et l'organisation de l'Etat. Du moment, en effet, que le Droit est un ensemble de règles applicables aux individus vivant sur un territoire déterminé, règles dont le respect est assuré par une autorité capable de faire valoir la force de contrainte qui leur est inhérente, il est dif-

(1) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 526.

ficile de chercher hors de l'Etat cette autorité puisqu'elle est proprement l'autorité étatique (1).

Cependant il faut reconnaître que, placée dans le cadre où elles a pris naissance, la théorie de Sieyès se justifiait par un puissant motif d'opportunité : être en harmonie avec les idées en faveur à son époque. Parmi les nuées révolutionnaires qui contribuèrent à assombrir l'horizon juridique, ce pouvoir absolu et indépendant de toute forme reconnu à la nation pour la revision de sa constitution est parfaitement à sa place. Bien plus, cette doctrine, si chimérique et si dangereuse soit-elle, est sans doute la seule qui respecte le dogme indiscuté en 1789 de l'autonomie parfaite du pouvoir constituant. Quels que soient les ménagements pris pour discuter la thèse de Sieyès, derrière elle c'est toujours la conception révolutionnaire du pouvoir constituant qui est atteinte. En effet, celle-ci implique, pour sa réalisation, un ordre qui ne peut être guère différent de celui auquel rêvait Sieyès, et attaquer sa théorie tout en voulant respecter la liberté totale de la nation dans l'exercice du pouvoir constituant, c'est condamner implicitement ce pouvoir à demeurer une abstraction sans portée sur l'organisation juridique.

Sans doute m'objectera-t-on que la doctrine de Sieyès s'appuie sur la souveraineté populaire et que la puissance constituante offre un contenu différent suivant qu'elle se fonde sur la souveraineté nationale ou sur la souveraineté populaire.

(1) Cf. sur ce point Barthélemy. *Rev. Droit public*, 1915, p. 667 et s. « On objecte que l'autorité n'est pas infaillible, qu'elle peut être oppressive et tyrannique. Oui, certes! Et c'est bien pour cela que nous n'admettons comme interprète du Droit que l'autorité acceptée, reconnue, tenue par tous pour régulière. »

Dans un Etat monarchique ou dans une démocratie pure de tout alliage, le peuple ou le roi détiennent la totalité de la puissance étatique dont ils délèguent l'exercice par l'acte constituant. Au contraire dans un Etat basé sur le concept de la souveraineté nationale l'Assemblée constituante ne possède, à vrai dire, aucun pouvoir; son rôle consiste à créer des autorités qui exercent la puissance étatique appartenant à la nation seule. Dès lors, dira-t-on, la doctrine de Sieyès, si on l'écarte, peut empêcher la réalisation d'un régime de souveraineté populaire, mais son rejet n'implique pas nécessairement l'abandon de la souveraineté nationale. Cette argumentation n'est pas convaincante, car, s'il est hors de doute que la compétence des constituantes varie selon le concept de la souveraineté qui les étaye, il n'en reste pas moins vrai que, du fait que dans les deux cas elles sont l'organe suprême, leur autonomie doit être parfaite. Il ne s'agit pas ici de savoir ce que peut faire la puissance constituante, mais dans quelles conditions elle se présente. Or, le pouvoir constituant, dans un régime de souveraineté nationale, comme dans un régime de souveraineté populaire est un pouvoir primaire, autonome et inconditionné, du moins selon la conception, d'origine révolutionnaire qui domine encore en la matière. Par conséquent la doctrine de Sieyès rendant l'exercice du pouvoir constituant indépendant de toute forme, est la seule qui assure à ce pouvoir l'autonomie que l'on considère comme lui étant essentielle.

Quelque soit le régime de souveraineté qu'il s'agit d'établir, national ou populaire, l'élément générateur du statut organique est une volonté antérieure à la volonté étatique. Selon la conception courante chez les hommes de la Révolution, l'organisation de l'Etat

est l'œuvre des individus qui concourent à former la nation; et cela parce que la souveraineté initiale, le pouvoir constituant, réside à la fois dans l'ensemble des citoyens et dans chacun d'eux pris individuellement. Cette théorie repose essentiellement sur la croyance en un contrat social, c'est-à-dire en un contrat par lequel les citoyens fondent l'Etat par un commun consentement à son organisation. Que si, au lieu de l'établissement de la constitution originaire, il s'agit de reviser la constitution existante, les même idées jouent de nouveau. La revision exige un nouveau contrat social dans lequel chaque citoyen intervient pour consentir à la réformation de l'organisation nationale.

Sur ce point, la doctrine de Sieyès se rencontre avec celle de Rousseau, puisqu'elle reconnaît que la nation, ne pouvant être liée par la constitution, le peuple demeure absolument libre de la modifier. « Dira-t-on, écrit Sieyès, qu'une nation peut, par un premier acte de sa souveraineté, à la vérité indépendant de toute forme, s'engager à ne plus vouloir à l'avenir que d'une manière déterminée ? D'abord une nation ne peut ni aliéner, ni s'interdire le droit de vouloir, et quelque soit sa volonté, elle ne peut pas perdre le droit de la changer dès que son intérêt l'exige. En second lieu, envers qui cette nation serait-elle engagée ? Je conçois comment elle peut obliger ses membres, ses mandataires et tous ce qui lui appartient, mais peut-elle en aucun sens s'imposer des devoirs à elle-même ? Qu'est-ce qu'un contrat avec soi-même ? Les deux termes étant la même volonté, on voit qu'elle peut toujours se dégager du prétendu engagement » (1). Parler ainsi c'est reprendre l'argumentation du *Contrat social*, seulement Sieyès en réclame l'application absolue.

(1) *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?* Ch. V, p. 64.

L'intervention des individus au pacte social est toujours parfaitement libre, puisque la constitution n'existe plus et que l'on retombe dans un état d'inorganisation sociale, les volontés individuelles doivent être indépendantes et inconditionnées, et leurs décisions, pour être valablement prises, n'exigent le respect d'aucune forme. Volontés antérieures à la force obligatoire de la constitution, on ne conçoit pas comment celle-ci pourrait imposer des formes rigides à l'expression de celles-là. Volontés créatrices, elles ne sauraient se rendre esclaves de leur création. Volontés en qui réside la souveraineté plénière, elles doivent en conséquence être des volontés autonomes. Sans doute Rousseau, et surtout ses disciples s'efforceront-ils de prouver que la souveraineté du corps des citoyens est respectée malgré les formes que la constitution impose à ses manifestations, mais nous verrons, en étudiant la doctrine de Rousseau, que le respect de ces formes rend purement fictive l'autonomie et l'indépendance de la puissance constituante.

Selon la thèse maintes fois exposée à la Convention, l'acte constitutionnel n'était que la mise en œuvre du pacte social. Certes, avec cette logique dont ils étayaient leurs plus chimériques constructions, les orateurs de l'époque distinguaient la création du pacte social et l'établissement de la constitution. Venant le premier dans l'ordre chronologique, le pacte social créait la société, il dressait « l'acte par lequel un certain nombre de personnes consentent à former une association à telles et telles conditions préalables » (1); la constitution n'apparaissait qu'ensuite

(1) Discours d'Isnard, séance du 10 mai 1793. *Arch. parl.*, t. LXIV, p. 417 et suiv.

pour « déterminer le mode de gouvernement ou l'établissement public qui doit régir la société formée... Enfin, il y a cette différence entre les deux pactes que la constitution se décrète à la simple majorité des suffrages... tandis que le pacte social doit être consenti à l'unanimité des suffrages. c'est-à-dire que tous ceux qui réclament ne sont point engagés » (1). Seulement cette différence entre le pacte social et la constitution n'entraîne pas une différence parallèle en ce qui concerne l'intervention du peuple. Qu'il soit appelé à donner son consentement au pacte social ou à parfaire la constitution par son approbation, sa volonté est valable en dehors de toute forme. Dire que l'adoption de la constitution sera décrétée à la majorité des suffrages n'implique pas une diminution de l'indépendance des citoyens, c'est simplement une concession aux besoins politiques du pays et un moyen d'apporter à la nécessité de l'organisation étatique une solution rapide que l'obligation d'un consentement unanime des citoyens risquerait de retarder longtemps. On comprend que le pacte social, posant les principes de droit naturel et établissant la société, il fallait un accord conclu à l'unanimité; mais cette unanimité n'est plus indispensable lors de la fixation de l'ordre constitutionnel ; des individus peuvent transmettre leurs pouvoirs à des représentants qui, plus libres ou plus compétents qu'eux, pourront, avec de plus grandes garanties de science et de désintéressement, établir un statut étatique viable (2).

Qu'on ne dise pas qu'un tel procédé confirme

(1) Discours d'Isnard, *ibid.*

(2) Cf. Sieyès. Exposé de son projet de déclaration des droits. Séance du 21 juillet 1789. *Arch. parl.*, 1^{re} série, t. VIII, p. 259.

l'établissement d'un régime représentatif : il n'y a pas encore de constitution, donc aucun régime politique n'est prépondérant, tous sont encore possibles. La représentation dont il s'agit est, encore une fois, un simple procédé technique pour l'élaboration de l'acte constitutionnel.

Ainsi, quel que soit le régime qu'adoptera la constitution, les individus constitués en nation par le pacte social, jouissent d'une pleine liberté dans l'exercice du pouvoir constituant. La nation ne peut pas renoncer à sa liberté de vouloir; par la constitution qu'elle établit, elle lie les autorités constituées sans s'enchaîner elle-même. En un mot, elle est, dans son rôle constituant, « libre de toute contrainte et de toutes formes autres que celles qu'il lui plaît d'adopter ».

Les auteurs ne semblent pas avoir remarqué cette corrélation étroite entre la notion révolutionnaire du pouvoir constituant et la thèse de Sieyès qui, seule, en assurait l'application. Ils ont condamné celle-ci tout en cherchant pour celle-là une réalisation que seule la doctrine de l'apologiste du Tiers rendait possible. On comprendrait peut être mieux les attaques dont la doctrine de Sieyès fut l'objet, si l'on se rendait compte qu'elles avaient pour but de faire admettre la thèse de Rousseau qui, elle, s'expose vraiment au grief d'illogisme que l'on impute à l'auteur de l'« Exposition raisonnée ». Quoi qu'il en soit, nous ne faisons ici que noter cette contradiction en nous réservant de revenir dans la suite sur les conséquences qu'elle comporte quant à la notion de pouvoir constituant telle qu'on prétend la conserver.

SECTION DEUXIÈME.

*Doctrine de J.-J. Rousseau
sur un pouvoir constituant lié par la procédure prévue
par l'acte constitutionnel en vigueur.*

Nous avons déjà eu l'occasion de noter qu'en ce qui concerne l'indépendance et la supériorité du pouvoir constituant, les doctrines de Sieyès et de Rousseau partaient d'un même principe, l'impossibilité pour la nation d'être liée par la constitution, et nous avons ajouté que les conclusions absolues tirées de ce principe par Sieyès étaient seules capables de lui fournir une application qui lui assure son intégrité. Il nous faut voir maintenant quelles conséquences Rousseau a prétendu déduire du même principe, et comment, en atténuant sensiblement sa portée, elles sont arrivées à faire pénétrer dans la législation une doctrine où l'indépendance absolue du pouvoir constituant n'a plus qu'une valeur nominale.

Alors que Sieyès soutenait que la souveraineté constituante inconditionnée exigeait que l'exercice du pouvoir constituant fut indépendant de toutes formes, Rousseau, bien qu'ayant affirmé qu'aucune loi fondamentale ne peut être obligatoire pour le corps du peuple, admettait que la constitution peut imposer, pour sa revision, l'emploi de formes dont on a usé pour sa confection. Aussi, pour lui, la constitution ne peut être modifiée que par l'autorité et selon la procédure qu'elle détermine elle-même. Cette doctrine fut posée

en axiome dans le passage célèbre des *Considérations sur le gouvernement de la Pologne*. « Il faut bien peser et méditer les points capitaux qu'on établira comme lois fondamentales, et l'on fera porter sur ces points seulement la force du *liberum veto*. De cette manière, on rendra la constitution solide et ses lois irrévocables, autant qu'elles peuvent l'être; car il est contre la nature du corps social de s'imposer des lois qu'il ne puisse révoquer; mais il n'est ni contre la nature ni contre la raison qu'il ne puisse révoquer ces lois qu'avec la même solennité qu'il mit pour les établir. Voilà toute la chaîne qu'il faut se donner pour l'avenir » (1).

Le principe formulé par Rousseau reçu sa confirmation législative dans la Constitution de 1791. En effet, l'article premier du titre VIII est ainsi conçu : « L'Assemblée Nationale constituante déclare que la nation a le droit imprescriptible de changer sa constitution. et, néanmoins, considérant qu'il est plus conforme à l'intérêt national d'user seulement, par les moyens pris dans la constitution même, du droit d'en reformer les articles dont l'expérience aurait fait sentir les inconvénients, décrète qu'il y sera procédé par une assemblée de revision en la forme suivante... » Ainsi, la Constituante allait plus loin que Rousseau, puisqu'elle admettait que les formes auxquelles devait être soumise la revision, seraient non pas nécessairement celles dont on avait usé pour l'acte constitutionnel initial, mais celles déterminées par la constitution qu'il y aurait lieu de reviser.

Un tel système ne fut d'ailleurs pas adopté sans

(1) *Considération sur le gouvernement de la Pologne*, ch. IX.

débat et la discussion préalable au vote du tire VII est intéressante en ce qu'elle précise la portée du texte qui fut finalement adopté. Il eut pour défenseur Frochot qui, dans la séance du 31 août 1791, posa le principe qui devait dominer tout notre Droit public en matière de revision constitutionnelle.

Pénétrés de la perfection de leur œuvre, les Constituants n'avaient d'abord pas pensé qu'elle put être modifiée. Le rapport déposé par Thouret le 5 août était muet sur l'organisation de la revision. Ce ne fut que lorsque toute la Constitution fut votée que l'on prit garde à l'existence d'un droit de revision qui devait appartenir à la nation et on s'attacha à en organiser l'exercice. L'assemblée posa d'abord en principe que la nation a le droit imprescriptible de changer sa constitution, mais quant à l'application du principe, plusieurs systèmes furent proposés. Toutes ces propositions semblent témoigner un regret d'avoir à s'occuper d'un changement éventuel à une œuvre que l'on jugeait parfaite. L'assemblée manifestait des sentiments bien différents de ceux dont elle était animée lors de la discussion des titres précédents ; le souci du respect des principes n'était plus prépondérant ; ce qui lui importait avant tout, c'était de rendre aussi difficile que possible les transformations de la constitution. Aussi, le sens général du débat est donné par les projets qui permettront d'imprimer à l'œuvre à peine achevée, un caractère durable.

On songea d'abord à confier l'exercice de la revision à une chambre exclusivement constituante, qui se réunirait à une époque fixée d'avance et qui aurait, d'une part à corriger les vices découverts dans la constitution en vigueur, et, d'autre part, à maintenir les autorités constituées dans les limites fixées. Petion,

faisant valoir le droit qu'a une génération de n'être pas liée par les décisions de la précédente, demandait l'institution de conventions nationales qui se réuniraient tous les vingt ans. Mais, sur les instances de Malouet, qui montra que de tels systèmes risqueraient d'entraîner des révolutions périodiques sans permettre d'apporter immédiatement remède aux vices découverts, l'assemblée écarta ces propositions et décida que la revision pourrait être entreprise dès que son utilité aurait été reconnue.

Le 29 août 1791, Chapelier dépose son rapport. « La nation, dit-il, a le droit de réformer sa constitution; toute constitution sage doit renfermer les moyens d'arriver à sa perfection », mais, ajoute-t-il « pour ne pas entraîner des erreurs et ne pas donner à des délibérations irréfléchies le caractère imposant de volonté nationale, il faut fixer un certain délai avant lequel la revision ne pourra être opérée » et il demandait la réunion d'une convention en 1800. Cette suggestion fut écartée, et le 31 août, l'Assemblée adoptait une proposition Tronchet: « Quand trois législatures successives auront émis un vœu pour la revision de quelques articles constitutionnels, la quatrième sera chargée d'examiner les articles ». Ainsi, les constituants se ralliaient à l'idée que le droit de reviser la constitution ne pouvait pas être exercé directement par le peuple et ils confiaient la revision à une assemblée spéciale dont les pouvoirs étaient définis par les vœux concordants des trois précédentes législatures.

Au cours des débats, Barnave avait tenté de justifier le droit de l'Assemblée d'imposer à la volonté constituante de la nation les formes hors desquelles elle ne pourrait se manifester. « Sans doute, disait-il, le pouvoir constituant est un effet de la pleine souveraineté

et le peuple qui nous l'a transmis ne nous l'a point confié « pour que nous en usions à son encontre comme d'une chaîne... », mais nous pouvons prévenir par un mode paisible et conservateur, pris dans la constitution, la provocation de ce vœu spontané du peuple (le désir d'une revision) qui n'arrive jamais que par la souffrance. » Cependant, c'est, comme nous l'avons dit, Frochot plus que Barnave, qui parvint à décider l'Assemblée à enfermer l'exercice du pouvoir constituant dans des formes étroites et rigides. Partant comme Sieyès du principe de la souveraineté nationale, il arrivait à des conclusions directement opposées à celles du célèbre abbé. En effet, tandis que pour Sieyès la souveraineté de la nation impliquait son indépendance complète en matière constituante, pour Frochot, la même souveraineté permettait à la nation de fixer au pouvoir constituant les formalités et la procédure à l'intérieur desquelles sera enfermé son exercice. Suivons l'argumentation de Frochot réfutant Sieyès. « La souveraineté nationale, a-t-on dit, ne peut se donner aucune chaîne; sa détermination future ne peut être interprétée ou prévue, ni soumise à des formes certaines, car il est de son essence de prévoir ce qu'elle voudra et de la manière dont elle le voudra. Eh bien ! Messieurs, c'est précisément par un effet de sa toute puissance que la nation veut aujourd'hui, en consacrant son droit, se prescrire à elle-même un moyen légal et paisible de l'exercer, et, loin de trouver dans cet acte une aliénation de la souveraineté nationale, j'y remarque au contraire un des plus beaux moments de sa force et de son indépendance... Il n'est pas une loi, depuis l'acte constitutionnel jusqu'au décret de police le moins important, qui ne soit en effet un engagement de la souveraineté nationale envers elle-

même de vouloir telle chose de telle manière et non d'aucune autre... Garantir au peuple sa constitution contre lui-même, je veux dire contre ce penchant irrésistible de la nature humaine qui la porte sans cesse à changer de position pour un mieux chimérique; garantir au peuple sa constitution contre les attaques des factieux, contre les entreprises de ses délégués ou de ses représentants; enfin, donner au peuple souverain le moyen de réformer dans ses parties et même de changer dans sa totalité la constitution qu'il a jurée, tel est, il me semble, Messieurs, le véritable objet de la loi qui nous occupe » (1).

Certes, on ne saurait nier que de telles paroles sont l'expression de la sagesse; elles témoignent d'une connaissance élémentaire du cœur humain et on comprend l'impression qu'elles produisirent sur une assemblée prompte à s'échauffer au contact de phrases éloquentes, fussent-elles le simple énoncé d'une vérité banale. Mais on comprend moins le rapport entre la première partie du discours et les conséquences qui en sont tirées par la suite; et on ne comprend plus du tout l'adhésion des juristes à des conclusions parfaitement illogiques étant donné les prémisses. De deux choses l'une, en effet, ou bien, comme on le proclame, la souveraineté nationale ne peut se donner aucune chaîne, et alors la procédure prévue pour la revision de la constitution est illégitime et vaine, ou bien cette procédure doit être respectée et la nation n'est plus indépendante dans l'exercice du pouvoir constituant. Aucune subtilité ne peut empêcher ce dilemme de demeurer sans issu, car le fait d'accepter, même de solliciter des chaînes ne saurait faire disparaître la réalité du

(1) *Arch. parlem.*, 1^{re} série. t. XXX, p. 96.

lien. C'est ce que remarquait déjà Clermont-Tonnerre dans son *Analyse de la Constitution de 1791*. Commentant le texte même, relatif à la revision des décrets constitutionnels, il écrivait : « Ce titre offre d'abord une singulière inconséquence. Il reconnaît à la nation le droit imprescriptible de changer sa constitution, ensuite, il décrète une loi d'après laquelle sera certainement puni quiconque fera l'un des actes par lesquels on peut arriver à l'exercice de ce droit naturel que l'on vient de reconnaître imprescriptible. Rien au monde n'est plus inconséquent; on s'étonne de la confiance avec laquelle on présente au peuple des choses aussi contradictoires. Si l'Assemblée voulait être conséquente, elle devait au moins ne mettre aucune entrave au droit du peuple qu'elle déclare imprescriptible » (1).

Il semble cependant que les rédacteurs du texte qui nous retient aient été pris de scrupule devant la contradiction qu'il contenait. En effet, on trouve dans l'article premier du titre VII, un petit mot qui, à tort peut-être, nous paraît un repentir, une sorte d'excuse pour l'illogisme de la décision prise. « L'Assemblée nationale, lisons-nous, déclare que la nation a le droit imprescriptible de changer sa constitution; et *néanmoins*, considérant qu'il est plus conforme à l'intérêt national, etc... » Ce texte, ainsi truffé de ce néanmoins en apparence débonnaire, offre une saveur étrange. Il pose un principe bien en vue, en première ligne, puis conscient de l'avoir traité avec tout le respect qui lui est dû, s'empresse de l'oublier pour en venir aux considérations pratique qui vont en détruire l'efficacité. La

(1) Clermont-Tonnerre. *Analyse de la Constitution de 1791*, p. 289.

nation est libre, c'est indiscutable; le pouvoir constituant est indépendant, sans doute; néanmoins, ce ne sont là que des affirmations bonnes à soulever les foules, et que l'on doit laisser de côté quand il s'agit de donner une organisation stable à l'Etat. Ajoutons que la structure même de cet article est significative : Ce n'est pas en considération du droit imprescriptible que possède la nation de changer sa constitution que sont arrêtées les mesures qui en permettront la révision, mais eu égard à l'intérêt national, c'est-à-dire conformément à une application gratuite et arbitraire. Ces considérations poussent peut-être trop loin l'analyse du texte, cependant nous les maintenons car il nous semble que ce serait faire injure à la mémoire des Barnave, des Malouet, des Tronchet, que de supposer qu'ils ont pu souscrire à une telle décision sans se rendre compte de la contradiction qu'elle recélait.

On aperçoit ici le point de départ de cette double tradition qui s'est poursuivie chez nous, touchant la conception du pouvoir constituant. D'une part, la tradition historique, que chaque révolution venait renforcer, qui considère le pouvoir constituant comme un pouvoir inconditionné investi d'une souveraineté indéfinie; d'autre part, la tradition juridique, celle qui s'est poursuivie dans les textes, selon laquelle le pouvoir constituant est tenu à l'observation des règles prescrites pour son exercice. Par suite du désordre constitutionnel dans lequel le Droit public actuel a pris naissance, c'est la tradition du fait qui l'a emporté (1); les textes ont été noyés dans les bouleversements

(1) Cf. en ce sens Lefebvre : *Etudes sur les lois constitutionnelles de 1875*, p. 127. « Quels sont les précédents véritables... les textes ou les pratiques constitutionnelles?.. Les

extra-juridiques et la notion de pouvoir constituant s'est développé suivant la conception révolutionnaire.

Il convient de noter, d'ailleurs, qu'en votant dans le sens indiqué par Frochot, les constituants n'ont fait qu'aggraver une contradiction déjà contenue dans la doctrine de Rousseau. En effet, après avoir posé en principe dans le contrat social « qu'il ne peut y avoir nulle espèce de loi fondamentale obligatoire pour le corps du peuple », il concède, ainsi que nous l'avons vu dans le passage cité plus haut, que la constitution peut, pour sa revision, exiger l'emploi des formes qui ont présidé à sa rédaction primitive. La contradiction entre la thèse du *Contrat social* et celle soutenue dans les considérations sur le *Gouvernement de la Pologne* est flagrante car, si le peuple ne peut pas se lier, il ne doit pas être tenu au respect de la procédure organisée par la constitution.

Aussi bien, encore qu'il eût, en esprit, respecté l'indépendance de la puissance constituante de la nation, le titre VII de la Constitution de 1791, par les barrières dont il entourait la revision, ne laissait à cette indépendance qu'une valeur illusoire. Exiger de trois assemblées politiques successives une suite dans les idées telle qu'elle se transmettent et adoptent un plan de réforme identique; prescrire aux deux premières de ne s'occuper de la revision que dans les deux derniers mois de leur dernière session, et à la troisième, qu'à la fin de la première session annuelle ou au commencement de la seconde; espérer chez les députés un désintéressement tel qu'ils préparent une œuvre à laquelle ils n'auront pas le droit d'être conviés, c'est exiger un

vrais précédents ne sauraient être cherchés dans des textes restés lettre morte; ils sont surtout dans les pratiques antérieures. »

ensemble de conditions qui ont bien peu de chance d'être remplies et, en même temps, c'est laisser la nation dans l'attente d'une réforme qui risque fort de demeurer à l'état de projet quel que soit le désir que témoigne le peuple de la voir réalisée. Ce n'est pas une bonne politique que de laisser aussi longtemps en suspens des questions aussi générales. Entretenir pendant quatre ans la surexcitation populaire, voilà à quoi aboutit ce système qui prétendait soustraire l'organisation de l'Etat aux impulsions de la masse. Ainsi que le disait la turbulente Mme de Staël, « c'était se faire une étonnante idée de la patience humaine sur des objets d'une telle importance ». Bien plus, des formalités aussi minutieuses, rendant la revision presque impossible, risquaient d'entraîner le peuple à des actes de violence lorsque la nécessité d'une réforme deviendrait trop pressante, ou, au moins, comme le fait remarquer M. Arnould (1), menaçaient la constitution tout entière de l'impopularité résultant de quelques-uns de ses articles (2).

(1) Arnould, *De la revision des Constitutions*, Thèse Nancy, 1895, p. 40.

(2) Prenant un exemple concret, Clermont-Tonnerre (*Op. cit.*, p. 289) montre bien l'inconséquence d'un pareil système. Une proposition de détrôner le roi est faite par une première législature. « Je suppose, dit-il, qu'une législature déclare que le gouvernement ne doit plus être monarchique, et, sans doute, elle le peut puisque c'est un des articles de la Constitution, et qu'elle peut émettre le vœu de changer ceux qui lui déplaisent; ce vœu ne sera pas encore une loi. Mais je me demande comment le roi gouvernera pendant quatre ans qui devront encore s'écouler avant l'assemblée de revision qui prononcera ce vœu. Si un état dans lequel de telles circonstances sont constitutionnellement possibles n'est pas dévoué à l'anarchie et à tous les maux qu'elle entraîne, il faut renoncer à toutes les notions de raison par lesquelles les hommes se conduisent. »

Enfin, l'absence d'indépendance du pouvoir constituant de la nation résulte encore du fait que la possibilité d'une revision illimitée était écartée. En effet, l'Assemblée adopta, le 3 septembre, les conclusions qui lui avaient été soumises, au nom des comités, par Thouret (1). Le système préconisé par Thouret opposait la revision partielle portant « sur quelques articles de détail » et le changement total de la constitution, l'organisation des revisions partielles devant rendre superflue toute revision générale. « Ce qui est essentiel à la nation, disait Thouret, c'est de pouvoir rectifier les défauts de détail de la constitution. » Au contraire, « prévoir la nécessité d'une subversion totale » était parfaitement inutile puisque la constitution « fondée sur les bases immuables de la justice et les principes éternels de la raison, était fondamentalement bonne ».

En rendant ainsi impossible la revision illimitée, l'Assemblée portait la plus grave atteinte à la puissance constituante de la nation. Elle obligeait, en effet, celle-ci, ou bien à tolérer une organisation qui pouvait n'être plus conforme à ses aspirations, ou bien à reprendre son indépendance, mais par des moyens extérieurs à la constitution. Or, ce n'est pas, à proprement parler, consacrer une liberté que de faire dépendre son efficacité d'un acte de violence.

(1) *Arch. parlem.*, t. XXX, p. 186 et s.

SECTION TROISIÈME

*Que le pouvoir de revision ne peut être étudié
que par rapport à un ordre juridique antérieur.*

En présence de ces deux doctrines que devons-nous penser ? L'une, conséquente avec elle-même, respecte le principe de l'autonomie absolue du pouvoir constituant de la nation et laisse celle-ci libre de modifier l'acte constitutionnel selon les formes que lui dictera l'impulsion du moment. Génératrice d'anarchie, cette thèse est écartée comme trop dangereuse. L'autre, qui se réclame de Rousseau, sépare l'idéal du pratique. Posant en principe le droit imprescriptible que possède la nation de changer sa constitution, elle aboutit, en fait, à un système qui ruine le postulat de l'indépendance du pouvoir constituant. Cependant, c'est elle qui fut consacrée par le Droit positif et qui s'impose encore aujourd'hui dès que l'on envisage la question de la revision des lois constitutionnelles.

Nous voudrions montrer que, malgré l'adhésion d'une grande partie de la doctrine à la conception de l'auteur des *Considérations sur le Gouvernement de la Pologne*, nous ne sommes pas forcément réduit à choisir pour la revision de la constitution entre une thèse qui consacre « une agitation révolutionnaire reconnue légitime et en permanence » et une organisation reposant sur une contradiction fondamentale.

Ecartons dès l'abord le rêve de Sieyès; l'agitation qu'il consacre le rend indésirable et inconciliable avec

une saine conception de l'ordre social, et examinons la thèse de Rousseau. Elle se décompose en deux parties, l'une, contenue dans les *Considérations sur le Gouvernement de la Pologne*, l'autre dans le *Contrat social*. La première préconise un système positif qui, appliqué avec discernement, semble s'accorder avec les exigences d'une organisation étatique stable. Malheureusement, l'application d'une semblable doctrine, si désirable soit-elle, contredit totalement le principe dont on veut qu'elle soit la conséquence. Il nous faut donc résoudre la contradiction existant dans les idées de Rousseau, mais au profit de la partie positive de son œuvre puisque celle-ci mérite d'être conservée. Nous ne parviendrons à ce résultat qu'en écartant la notion du pouvoir absolu de la nation de modifier, en dehors de tout ordre statutaire antérieur, l'acte constitutionnel qui a cessé de lui plaire.

Un tel abandon du dogme qui présida à l'élaboration de la législation révolutionnaire, est-il légitime? Est-il possible juridiquement de dénier à la nation le droit d'intervenir directement et en toute indépendance à l'œuvre de revision de la constitution? En un mot, le pouvoir constituant est-il véritablement ce pouvoir initial, primaire et autonome que l'on se plaît à reconnaître en lui? C'est ce qu'il nous faut maintenant examiner.

L'attribution à la nation tout entière d'un pouvoir constituant inconditionné est apparue aux hommes de la révolution comme une nécessité inéluctable dépassant de beaucoup la question spéciale de la formation ou de la revision de la constitution. Par un tel pouvoir, on croyait rendre sensible la souveraineté populaire et en même temps donner une justification philosophique de la puissance politique. En plaçant

L'origine du pouvoir politique dans la volonté collective de la société soumise à ce pouvoir, on a pensé, à la suite de Rousseau, faire apparaître la légitimité de ce pouvoir institué par la collectivité qu'il régit. Derrière la puissance constituante du peuple, il y a la souveraineté populaire qui l'étaie et l'entraîne, l'une sans l'autre n'est rien : la souveraineté du peuple s'affirme en ce que c'est lui qui constitue les autorités représentatives et leur confert leur pouvoir. Ainsi la reconnaissance de la puissance constituante absolue de la nation reçoit sa signification parfaite lorsqu'on l'envisage comme devant être le signe le plus manifeste de la souveraineté. Là est sa véritable portée, sa raison d'être, mais aussi sa faiblesse.

Nous ne referons pas la critique de théories qui tentent d'expliquer l'origine et le mécanisme de la souveraineté; ce serait dépasser le cadre d'un sujet déjà trop fertile en digression. Qu'il nous suffise de renvoyer aux lumineuses démonstrations de Duguit (1). Le problème de l'origine de l'Etat ou du fondement de son pouvoir politique revient toujours à se demander « comment dans un groupe humain donné, il y a certains individus qui peuvent légitimement imposer leur volonté comme telle aux autres individus, mettre légitimement en mouvement une puissance de contraindre irrésistible, déterminer les cas dans lesquels ils peuvent la mettre en mouvement, comment il y a dans une société donnée certaines volontés qui ont légitimement le privilège de ne se déterminer que par elles-mêmes, le pouvoir d'adresser des commandements inconditionnés aux autres volontés » (2). Le pro-

(1) *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e éd., 1927, t. I, p. 551 et s., 649 et s.

(2) Duguit. *Op. cit.*, t. I, p. 551.

blème ainsi réduit à sa véritable donnée est insoluble juridiquement car rien ne nous autorise à dire qu'une volonté humaine est supérieure à une autre, ni surtout quand et pourquoi elle se présente avec ce caractère de puissance renforcée (1). On peut faire intervenir une puissance surnaturelle remettant à certains individus un pouvoir de commandement, mais quant à justifier la souveraineté d'un groupe d'individus par des voies positives, c'est une entreprise parfaitement vaine car elle ne comporte pas de solution.

Dès lors, si le concept de souveraineté populaire est impuissant à légitimer la puissance étatique, le pouvoir constituant inconditionné de la nation que l'on avait fait intervenir comme essentiel à cette souveraineté devient une notion inutile et encombrante.

La Révolution a proclamé la souveraineté de la nation et son droit imprescriptible de modifier l'acte constitutionnel avec une foi d'autant plus fervente qu'elle sentait la nécessité de substituer au droit divin des rois un droit des peuples qui tire sa valeur d'une vérité religieuse aussi profonde que celle d'où, la veille encore, le monarque puisait la toute puissance de ses décisions. Ce dogme de l'inaliénabilité de la souveraineté forme, aujourd'hui encore, la partie intangible des principes de notre Droit public et cependant, malgré la consécration que le temps lui a apporté, il reste une affirmation juridiquement sans valeur, capable d'entraver seulement un examen rigoureux des institutions de notre Droit positif.

Au fond, l'erreur des doctrines révolutionnaires n'est pas tant d'avoir attribué la puissance consti-

(1) En sens inverse voir Hauriou, *Précis de Droit constit.*, 1923, p. 285.

tuante à la nation que d'avoir voulu ériger ce pouvoir en institution juridique. La thèse qui consiste à faire naître l'Etat d'un accord intervenu entre les membres d'une collectivité vivant sur un même territoire n'est pas plus inadmissible qu'une autre et aussi bien le juriste ne peut que s'en désintéresser. Ce qui lui importe, au contraire, c'est de remarquer que ce pouvoir, ou plutôt cette force spéciale possédée par la collectivité, n'est pas entrée telle qu'elle, à l'état brut pourrait-on dire, dans l'ordre juridique qu'elle a contribué à créer. C'est un fait que nous n'avons ni à nier, ni même à discuter parce qu'il est hors de notre domaine; nous constatons seulement qu'il ne pouvait pas passer comme tel dans une catégorie juridique. Cependant, dire que l'idée de pouvoir constituant, telle que nous l'a transmise la période révolutionnaire, est injustifiable et inutile, ne revient pas à en nier totalement l'existence. Quelle que soit la façon dont il a été exercé, il a existé incontestablement comme fait; aussi convient-il d'examiner maintenant quels tempéraments il importe d'apporter à la notion absolue que nous avons rejetée pour la faire rentrer dans le cadre de l'ordre juridique.

Dès qu'il s'agit de savoir à qui doit être remis le pouvoir de revision, on se trouve nécessairement placé en face de deux solutions de Sieyès et de Rousseau. Ou bien procéder selon les voies que l'on peut présumer avoir servi à l'établissement de la constitution initiale et l'on est conduit à admettre, hors des procédés légaux, une revision analogue à celles qu'opèrent les révolutions ou les coups d'Etat. Ou bien décider que la revision aura lieu selon les formes prescrites par le Droit positif en vigueur et dans ce cas ce sera l'ordre statutaire préétabli qui décidera de la procé-

de dure à suivre. Dans cette dernière hypothèse, la seule conciliable avec un ordre politique durable, le pouvoir de revision est remis à un organe quelconque dont on prendra soin d'établir l'indépendance à l'égard des autres autorités étatiques. Mais on ne peut pas dire que là, le pouvoir de revision suppose et met en œuvre un pouvoir constituant autonome dont le sujet serait la nation. C'est une fiction que de dire que le peuple manifeste sa volonté par l'intermédiaire de l'organe qui a statutairement compétence pour réviser la constitution: la revision est juridiquement organisée pour que l'ordre social soit maintenu, mais pour prix de cet ordre, le peuple a abdiqué l'indépendance constituante dont il jouissait lorsqu'il vivait dans une société inorganisée (1). La nation ayant accepté un état de

(1) Il y a là un fait dont les doctrinaires du pacte social ne semblent pas s'être suffisamment soucié. En admettant que l'acte par lequel a été institué l'Etat émane des volontés concordantes des individus, il faut reconnaître qu'il crée un état de choses tel que la volonté libre qui a déterminé l'acte constitutionnel n'est plus concevable. En effet, l'ordre juridique ne suppose pas seulement l'abandon par les individus d'une partie de leurs privilèges, il exige, en outre, de la collectivité elle-même, le tribut des prérogatives qui étaient siennes lorsqu'elle existait à l'état inorganisé. Tout lien social se résume dans un ensemble de règles et au fond il y a toujours une obligation, celle qui contraint les individus à une conduite déterminée. L'ordre est toujours en quelque sorte une mutilation, nécessaire peut-être, mais qui ne va pas sans amoindrir l'indépendance des individus au profit du statut auquel ils acceptent de se soumettre. Sans doute, la collectivité regagne dans l'organisation sociale d'autres avantages en compensation de ce qu'elle a perdu pour que celle-ci soit permise, mais il n'en reste pas moins que pour éviter l'agitation révolutionnaire que stigmatise Esmein, c'est-à-dire pour que l'état de droit soit respecté, il faut que l'ensemble du peuple renonce à un pouvoir qui, virtuellement, n'appartient peut-être qu'à lui, mais dont l'exercice est in-

droit ne peut plus légitimement user du pouvoir constituant qui était, et ne pouvait être en elle, qu'un pouvoir de fait; elle s'en est dépouillée. Dès lors, on doit se demander si ce pouvoir investi de formes juridiques a été attribué à un nouveau titulaire. Or, que voyons-nous? Nous voyons un organe pourvu d'une compétence statutaire pour apporter des modifications à la constitution ou même pour la changer entièrement. Pouvons-nous dire que cet organe détient le pouvoir constituant au même titre qu'une assemblée de députés possède le pouvoir législatif? Non, car ce serait mettre sur un pied d'égalité le pouvoir constituant avec les pouvoirs législatif et exécutif; une telle égalité serait inconcevable car le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif n'ayant de réalité juridique que par une reconnaissance de pouvoir constituant ne sauraient lui être égaux (1); c'est le pouvoir constituant

compatible avec l'ordre juridique. Qu'on ne dise pas que la nation pourra remettre ce pouvoir à un organe chargé de l'exercer pour son compte, ce serait méconnaître l'essence de ce pouvoir qui est, c'est là l'important, inaliénable et intransmissible, aussi bien quant à la propriété que quant à l'exercice. Un droit dont on n'a plus l'exercice n'est pas un droit absolu. C'est ce que reconnaît Hauriou lorsqu'il écrit que l'individu, ayant besoin de se protéger contre l'Etat, « a recours au vieux Droit de la liberté primitive », car il n'aurait pas besoin d'avoir recours à ce Droit antérieur à l'Etat s'il pouvait mettre en œuvre le droit de l'Etat. (Voir, sur cette question de l'origine de l'Etat, les intéressantes pages que M. de la Bigne de Villeneuve lui a consacrées dans son récent ouvrage: *Traité général de l'Etat*, Paris, 1929, p. 62 et suiv.)

(1) Nous verrons toutefois, au cours du chapitre suivant, que l'inégalité de la puissance mise en œuvre, d'une part, par les pouvoirs législatif et exécutif, et, d'autre part, par le pouvoir constituant n'est que la traduction de la différence des rangs occupés, dans la hiérarchie des normes étatiques,

qui leur a conféré leur puissance, et par là il a acquit une supériorité qui l'élève bien au-dessus des deux autres pouvoirs qui n'ont qu'une compétence octroyée. Bien plus, l'organe dit constituant ne peut, pas plus que les organes constitués, jouir de pouvoirs antérieurs à la constitution car le Droit n'existe que dans un Etat pourvu d'organes réguliers. Au delà de la constitution, il n'y a que des faits. Or, l'organe chargé d'apporter à la constitution les modifications nécessaires, étant pourvu d'une compétence statutaire, ne peut pas exercer en même temps un pouvoir autonome dont il serait le maître absolu. La façon dont il a été investi de sa puissance fait de lui un organe constitué, il procède de la constitution et tient d'elle sa puissance; aussi ne peut-il nullement s'attribuer, de sa seule volonté et grâce à sa force politique, un pouvoir indépendant dont il serait libre d'user quand et comment il lui plairait (1).

par des règles qu'ils posent, et qu'elle n'implique nullement une diversité de nature entre eux. Les titres en vertu desquels une assemblée législative ordinaire et un organe investi de la fonction de revision exercent leurs pouvoirs différent en ce sens que l'assemblée législative crée le droit en développant une norme générale antérieure, tandis que l'organe de revision, appliquant la règle générale, crée une règle générale identique qui, une fois posée n'apparaît comme subordonnée à aucune autre; mais ces titres ne sont pas différents en ce sens qu'ils ne supposent pas une diversité d'origine du pouvoir constituant et du pouvoir législatif. Par l'imputation à l'Etat des règles qu'ils posent, ils sont tous les deux des manifestations de la même puissance étatique.

(1) C'est à ces considérations que l'on doit la distinction qu'il convient d'établir entre le pouvoir constituant *lato sensu* et le pouvoir de revision. On les confond parce que leur but est le même, mais ils doivent cependant être séparés à la fois par la différence de leur titulaire et par la diversité des formes selon lesquelles ils interviennent.

Mais alors, puisque l'organe chargé de procéder aux revisions de la constitution ne possède pas, à titre de pouvoir propre, le pouvoir constituant et que, d'autre part nous avons vu que la collectivité nationale s'est dépouillée de la puissance constituante pour permettre la réalisation de l'acte constitutionnel, nous sommes bien obligé de conclure qu'il n'y a point place en Droit français pour un pouvoir constituant inconditionné tel que le concevait les hommes de la Révolution, et, après eux, certains théoriciens de notre Droit public. Si nous ne redoutions de faire intervenir une métaphore dans une discussion aussi délicate, nous dirions que le pouvoir constituant, comme l'agave de Mistral qui meurt après avoir donné sa fleur, disparaît à partir du moment où il s'est épanoui dans l'œuvre qui l'épuise.

Mais, objectera-on, l'organe chargé de la revision met en œuvre un certain pouvoir. Lorsqu'il décide qu'il y a lieu de modifier tel article de la constitution, il agit en vertu d'un pouvoir qui lui a été conféré par l'acte constitutionnel, or, cette puissance doit nécessairement avoir un sujet. L'objection est spécieuse et son apparente évidence ne résiste pas à l'analyse. Sans doute l'organe constituant met en œuvre un droit qu'il tient de la constitution qui, elle-même, n'a fait que le transmettre, mais nous retombons toujours dans la même constatation : un tel raisonnement nous force à nous placer en dehors du cadre de la constitution. Qu'elle émane de la volonté populaire ou de toute autre volonté, la force qui lui a donné naissance est un fait dont, en Droit nous ne pouvons tenir compte. Ce qui, par contre, nous intéresse, c'est de justifier le droit exercé par l'organe constituant lorsqu'il procède à des modifications constitutionnelles. Or, cette justifi-

cation est aisée : organe constituant par son but, mais organe constitué par son origine, l'autorité chargée des revisions constitutionnelles agit en vertu d'une compétence statutaire qu'elle a reçu de la constitution au même titre que les autres autorités étatiques ont été investi de la leur.

Cette théorie de la fonction constituante opposée à celle d'un pouvoir autonome et extérieur à la constitution s'adapte parfaitement aux revisions constitutionnelles. De même qu'on ne peut nier que le statut originaire de l'Etat n'a pu être l'œuvre « d'organes réguliers de la collectivité » puisque « la naissance de l'Etat coïncide avec le fait de sa première organisation » (1), de même on ne peut refuser d'admettre que l'Etat, une fois né, doit posséder une organisation capable de procéder éventuellement au renouvellement de son statut. Or, l'Etat ne peut exercer sa puissance que suivant certaines formes et par l'intermédiaire de certains organes institués à cet effet par la constitution. La volonté unilatérale de l'Etat, c'est-à-dire pratiquement la validité du système de règles qui le compose, en matière constituante comme en toute autre manière donnant lieu à une décision souveraine, ne peut être émise que par l'organe qui a reçu de la constitution compétence pour manifester la volonté étatique en cette matière. Ainsi la fonction constituante est, du fait de l'organisation de la collectivité, placée dans l'Etat; elle s'exerce suivant les formes et la procédure prévues par la constitution, mais elle ne met en œuvre aucun pouvoir spécial autre que celui, général, de l'Etat de prononcer souverainement en toute matière par l'organe institué à cette fin.

(1) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 493.

Que cet organe soit une assemblée nommée dans ce but, une des autorités constituées ou même une fraction ou la totalité de la collectivité nationale prononçant par voie de gouvernement direct, il ne fera qu'exercer une fonction de l'Etat en mettant en œuvre une compétence statutaire et non un pouvoir autonome.

Un tel système a été consacré par la plupart des constitutions modernes, et, en France, il a trouvé sa première application dans le titre VII, article premier de la Constitution de 1791 qui, passant outre au droit imprescriptible de la nation de changer sa constitution a déclaré que ce changement ne peut être effectué « que par les moyens pris dans la constitution elle-même ». Alors que l'intervention d'un pouvoir constituant appartenant à la collectivité et pouvant être exercé indépendamment de toute forme n'eut assuré à l'Etat aucune stabilité et eut conduit à une agitation révolutionnaire chronique, la fonction constituante exercée en vertu d'une compétence issue de la constitution elle-même, assure au statut juridique un moyen de réformation régulière et paisible. Pour que la constitution soit modifiée ou même remplacée, il n'y aura pas lieu de sortir du Droit et de faire appel à une décision inconditionnée de la collectivité, le procédé juridique prévu par l'ordre statutaire antérieur sera utilisé par l'organe qui a reçu compétence pour parfaire la revision, et, sans solution de continuité, la constitution nouvelle naîtra de celle qui la précédait.

Ce résultat ne saurait être obtenu, comme le dit M. Carré de Malberg, « par l'exercice régulier et pacifique du pouvoir constituant de la nation », car nous croyons avoir montré que ce pouvoir, exercé par son titulaire primitif, exclut un exercice régulier, c'est-à-

dire une mise en œuvre juridique. Il impliquerait, au contraire, une solution de continuité dans l'enchaînement des constitutions, car le pouvoir constituant, avec les caractères qu'un certain nombre d'auteurs s'accordent à lui reconnaître, ne peut trouver à s'employer qu'en dehors de l'ordre statutaire en vigueur. Son indépendance, son intervention nécessairement à titre initial, la puissance renforcée qu'il tient de son origine, le condamnent à demeurer en dehors et au-dessus de l'organisation juridique. Il ne peut, sans perdre les caractères qu'on lui reconnaît comme essentiels, être exercé selon les procédés pris dans la constitution à reviser car la soumission à des formes déterminées lui ferait perdre l'autonomie sans laquelle on ne le conçoit point.

On peut encore faire à M. Carré de Malberg une objection que lui-même relève, mais, nous semble-t-il, sans la résoudre. « Lorsqu'il s'agit des organes constitués, dit-il, on conçoit fort bien que leur titre dérive de la constitution, puisque, comme leur nom l'indique, ils sont créés par elle. Ici, au contraire, n'est-ce pas tourner dans un cercle vicieux que de faire dépendre de la constitution, l'organisation et le fonctionnement du pouvoir constituant ? » (1). Il paraît bien, en effet, qu'il est difficile d'attribuer à la constitution l'organisation du pouvoir qui lui a donné naissance : ou bien cette puissance est antérieure à elle, et elle demeurera telle malgré toutes les formes dont l'acte statutaire pourra entourer sa mise en œuvre, ou bien la revision sera faite selon la procédure prévue par la constitution, mais alors l'opération sera effectuée en vertu de ces règles et non par l'intervention inconditionnée de

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 494.

la puissance constituante. Ce n'est pas sortir du dilemme que de dire que le fonctionnement du pouvoir constituant dépend de la constitution, car, outre que ce pouvoir ne peut être exercé qu'en vertu d'une décision de sa propre volonté, on pourra toujours objecter que le sort de la constitution dépend de l'exercice du pouvoir constituant.

En réalité, les auteurs sont hantés par l'hypothèse de la création de la première constitution, celle qui a établi le statut originaire de l'Etat, et ils veulent à toute force transposer dans l'ordre juridique cet acte initial qui n'était qu'un fait naturel. Malgré les précautions qu'ils prennent pour établir que la constitution primitive de l'Etat, étant un simple fait, ne peut rentrer dans aucune théorie juridique, ils s'efforcent de trouver, quand il s'agit d'analyser la revision des lois constitutionnelles, la traduction de ce fait dans le Droit positif en vigueur. Il nous semble, au contraire, que dans le cadre d'une organisation constitutionnelle les règles qui touchent aux modifications ou à l'abrogation de la constitution n'ont aucune relation avec les forces inorganisées qui ont décidé de la première élaboration du statut organique. Il n'y a aucune conséquence à tirer de leur rapprochement car il y a entre elles non seulement une différence de procédé, mais une différence de nature. Hors de l'Etat, on ne trouve rien qui puisse faire prévoir la règle de Droit. Caractérisée par son origine qui se confond avec celle de l'Etat et par sa forme qui est celle prévue par la constitution en vigueur, elle suffit à justifier le rôle des fonctions étatiques dont son application est l'objet. Les fonctions étatiques ne sauraient mettre en œuvre que des compétences et la fonction constituante ne jouit pas, en cela, d'un privilège spécial : la règle de

Droit s'impose à elle sans souffrir de partage avec la puissance d'une volonté, vestige d'une époque où l'ordre juridique n'existait pas.

Les auteurs sont amenés à voir dans l'exercice de la fonction revisionniste de l'organe pourvu d'une compétence à cet effet, la mise en œuvre d'un pouvoir dont l'origine et la puissance seraient extra-constitutionnelles et dont l'action serait enfermée dans une procédure strictement déterminée par le statut positif de l'Etat. Nous croyons avoir montré ce qu'une telle analyse a d'artificiel et de contraire à la réalité juridique, et aussi combien le simple exercice, paisible et régulier de la fonction constituante, ne tirant sa valeur que de l'application des règles constitutionnelles, d'une part cadre mieux avec la conception d'une procédure de revision et, d'autre part, assure à l'organisation sociale une stabilité qu'un pouvoir constituant autonome, dangereux comme toutes les idéologies, risquerait de mettre en péril. .

CHAPITRE DEUXIEME

DE LA NATURE DU POUVOIR DE REVISION.

CHAPITRE DEUXIEME

DE LA NATURE DU POUVOIR DE REVISION.

Nous venons de voir dans le chapitre précédent que la constitution ne pouvait être régulièrement modifiée que dans le cadre et selon la procédure prévue par l'acte constitutionnel. Pour arriver à ce résultat, nous avons dû faire appel à des notions sur lesquelles, pour ne pas rompre le développement, il nous était impossible d'insister : particulièrement la différence entre le pouvoir constituant *lato sensu* et la fonction constituante ou plus exactement fonction de revision. C'est sur ce point que nous nous proposons de revenir maintenant, en dégageant de cette distinction la véritable nature du pouvoir de revision.

Cet exposé, tout théorique, se rapportera extrêmement peu à des considérations basées sur les données d'un droit positif particulier. Nous croyons cependant que cette analyse est valable pour toutes les organisations étatiques, telles que nous pouvons les envisager actuellement. Aussi bien ce caractère théorique n'est qu'apparent, nécessaire pour une claire exposition du problème; il nous a paru préférable de ne point encombrer la discussion par des renvois constants à telle organisation positive; mais nous n'avons cessé d'avoir présent à l'esprit, au cours de ce développement, comme guide et comme appareil de contrôle, l'organisation étatique française telle que l'ont établie nos lois de 1875. Nous verrons, du reste, au cours du chapitre suivant, comment la théorie que nous

tentons ici encadre étroitement les institutions de notre Droit positif; et cette observation, plus encore que la rigueur d'une spéculation abstraite, fournira la justification de notre thèse en en sanctionnant les conclusions (1).

SECTION PREMIÈRE . .

De l'activité étatique caractérisée par la règle à laquelle elle se rapporte

Antérieurement à l'Etat, aucune organisation juridique n'est possible car son existence impliquerait celle de l'Etat et la proposition ne serait pas satisfaite; mais, en sens inverse, il est de l'essence de l'Etat non de posséder un ordre juridique, comme on le dit en

(1) Nous nous ferions un scrupule de commencer cette étude sans dire tout ce qu'elle doit à la *Théorie générale de l'Etat*, de M. Kelsen, telle qu'il en a donné un aperçu dans la *Revue du Droit public* (1926, p. 561). Sans peut-être aboutir à des conclusions absolument identiques à celles de l'éminent professeur viennois, il nous a du moins indiqué le point de départ stable en considération duquel on peut étudier l'organisation étatique. Si paradoxal que cela paraisse pour un auteur qui passe pour métaphysique, il nous semble que, dans son œuvre, on doit admirer davantage l'observateur des faits que l'architecte d'une construction juridique originale. En tous cas, c'est au premier surtout que nous sommes redevable, puisqu'il nous a permis de saisir des rapports que les conceptions traditionnelles étouffaient sous un amas de considérations trop souvent extra-juridiques. (Les références à cet auteur seront indiquées d'après le tirage à part de son étude, paru chez Giard, en 1927.)

général, mais de *co-naître* à cet ordre. Dès lors, il importe de voir comment cet ordre juridique se manifeste et de discerner parmi les activités individuelles — les seules que l'expérience permet d'observer — celles qui doivent être rapportées à l'Etat comme expression de son activité propre.

Observons tout d'abord que la mise en œuvre de l'organisation étatique n'est pas affaire de volontés individuelles plus ou moins concordantes, tout au moins les volontés individuelles n'ont pas, comme telles, un caractère étatique, ce qui leur confert ce caractère c'est l'interprétation que l'on donne d'elles par rapport à l'ordre juridique. Il en est ainsi en matière de revision de la constitution comme dans toutes les matières où — ne percevant en fait que l'activité d'un individu ou d'un groupe d'individus —, on est cependant forcé, pour en expliquer la force particulière, de détacher en quelque sorte, cette activité de son auteur pour la considérer comme l'activité d'un sujet doué d'un pouvoir de contrainte supérieur : l'Etat. Quel est donc le rapport existant entre une activité individuelle qualifiée étatique et le sujet réel de cette activité qui est l'Etat ? Déterminer ce rapport c'est établir le sens de la théorie des pouvoirs et des fonctions.

En tenant compte des éléments fournis par l'observation des faits, les auteurs sont arrivés à caractériser l'Etat comme un phénomène concret, à la formation duquel participent, selon des rapports précis, une communauté d'individus, un territoire donné et une puissance particulière s'exerçant sur les individus qui font partie du groupe national. Selon les renseignements que l'on croit retirer de l'examen des faits, on insiste spécialement sur l'un ou l'autre de ces élé-

ments, mais en accentuant particulièrement sur le dernier nommé, c'est-à-dire sur l'élément d'autorité. Ce n'est pas ici le lieu d'examiner les diverses conceptions de l'Etat et aussi bien une telle étude exigerait des facultés auxquelles nous ne saurions prétendre; toutefois, nous croyons nécessaire, au seuil de ce chapitre, de poser un certain nombre de propositions qui sont indispensables à la clarté de l'exposé que nous allons entreprendre.

Et d'abord, la conception de l'Etat ne saurait demeurer identique à elle-même dans tous les cas où la notion d'Etat est engagée. Il est vain de prétendre donner une définition de l'Etat qui satisfasse à tous les rapports auxquels il participe. Aussi, plutôt que de tenter une infructueuse défense de telle ou telle définition, nous croyons plus sage de limiter le domaine dans lequel celle que nous proposons nous semble être valable. Dans l'étude de cette partie de l'organisation étatique qu'est la revision de lois constitutionnelles, nous prétendons ne considérer l'Etat que comme un système de règles valables pour un certain nombre d'individus vivant sur un territoire donné. Cette conception de l'Etat-ordre a du reste l'avantage de satisfaire à toutes les exigences que comporte l'étude théorique d'une organisation constitutionnelle donnée, et, par ailleurs, elle répond aux caractéristiques de la réglementation étatique qui toutes conduisent à la soumission à un certain ordre des individus composant le groupe auquel cette réglementation s'applique.

L'Etat se présente comme supérieur aux individus qui sont soumis à ses règles et en somme la puissance étatique n'est que la contre-partie positive de cette subordination d'un groupement humain à l'ensemble des normes qui le régissent. Mais il ne suffit pas de

constater cette subordination, il faut encore voir en quoi elle consiste et quelle en est la cause. L'ordre juridique n'est pas, ainsi que l'a fort pertinemment montré M. Kelsen, un ordre qui s'impose avec la même rigueur que l'ordre naturel, il n'exprime pas ce qui doit nécessairement se passer, il pose seulement des règles qui peuvent être enfreintes sans que sa validité soit atteinte. Toutefois, cette validité ne subsiste pas sans un certain nombre de cas de soumission à la règle, c'est-à-dire sans une certaine efficacité de l'ordre juridique.

Pour expliquer la force de contrainte qui semble émaner de l'organisation étatique, les auteurs parlent d'une volonté qui serait inhérente à l'Etat et qui serait en même temps différente de la volonté des individus. Ayant défini l'Etat comme un ensemble de règles, il nous est difficile de souscrire à l'existence de cette volonté qu'il est, par ailleurs, fort malaisé de déterminer. Cependant, par rapport à un système de normes, il est un élément qui joue le même rôle que la volonté par rapport à une personne; c'est ce que M. Kelsen appelle la validité objective de ce système. Sans doute, la reconnaissance de cette validité n'implique pas nécessairement la soumission des individus; considérée seule, elle ne justifie pas davantage la subordination d'un groupement humain à l'ordre normatif, que la volonté dont font cas certains auteurs n'explique la subordination de la collectivité à la puissance étatique. Cette justification forme un des éléments les plus intéressants et, il nous semble, le plus convaincant de la théorie kelsenienne, et nous ne pouvons que nous rallier à la doctrine du maître viennois quant à l'efficacité de l'ordre étatique.

M. Kelsen constate que non seulement l'ordre éta-

tique s'impose mais encore qu'en fait il est plus ou moins obéi, que les hommes conforment leur conduite à ses prescriptions. Mais, alors que l'on pourrait croire que c'est la règle qui porte en elle-même une force à laquelle les individus se soumettent en général, notre auteur observe que cette subordination à l'ordre normatif vient de ce que les individus « pensent la règle » et c'est cette pensée, cette idée qui agit en les incitant à régler leur conduite sur la norme (1). Ainsi la règle ne porte pas en elle-même la cause de son efficacité, car c'est un fait extra-psychologique n'exprimant que ce qui doit être. Au contraire, l'idée de la règle détermine la subordination; c'est un phénomène psychologique qui peut être cause ou effet et qui, chez l'homme où il se produit, entraîne la conformité de la conduite à la règle. En d'autres termes, la règle

(1) Kelsen. *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*, p. 9. Il y aurait là un intéressant rapprochement à faire entre la façon dont Duguit et Kelsen conçoivent le principe d'obligation inhérent à la règle de Droit. En effet, quand Kelsen observe que les individus se soumettent à l'ordre normatif parce « qu'ils pensent la règle », il se rapproche de Duguit qui, pour répondre à l'objection capitale qu'on opposait à sa doctrine quant à la liaison gratuite qu'il affirme entre le fait de la solidarité sociale et le principe d'obligation, montre que la critique repose sur une fausse interprétation du sens de l'obligation; celle-ci n'est pas une sorte de pouvoir négatif qui ferait de certaines volontés des volontés subordonnées. Le caractère obligatoire de la norme juridique n'est aux yeux de Duguit qu'une règle qui s'affirme telle « quand la masse des individus composant le groupe comprend et admet qu'une réaction contre les violateurs de la règle peut être socialement organisée ». (Duguit. *Traité de Droit constitutionnel*. 2^e éd., t. I, p. 17-18). Ce rôle attribué à la conscience individuelle paraît bien être conçu de la même façon par Duguit et par Kelsen en remarquant toutefois que d'après ce dernier, il n'est que secondaire et n'intervient que pour sanctionner en quelque sorte une règle par ailleurs obligatoire.

elle-même ne serait pas efficace sans la représentation qu'en ont les individus (1). M. Kelsen fait remarquer que cette analyse est parfaitement conforme à ce qu'il convient d'appeler l'ordre étatique; en effet, on ne peut considérer celui-ci comme valable que s'il emporte de la part de ceux qu'il prétend régir un certain nombre d'adhésions, mais d'autre part, il n'implique pas que la conduite des individus doive être absolument conforme à ses prescriptions, car n'étant pas un ordre naturel, il est de son essence de pouvoir être enfreint.

Nous comprenons maintenant comment l'ordre étatique au lieu de demeurer une norme idéale, trouve son application quotidienne sans qu'il soit nécessaire, dans tous les cas de recourir à la contrainte. Mais alors, il importe de distinguer parmi la multitude des actes individuels qui, en prouvant son efficacité, forment la seule réalité sensible de la norme juridique, ceux qu'il convient de qualifier actes étatiques. C'est seulement en remontant des faits individuels à la règle que nous parviendrons à déterminer la nature des fonctions étatiques. Cette méthode expérimentale nous paraît la seule capable de nous fournir la solution que nous cherchons quant à la détermination du contenu des pouvoirs et des fonctions.

Quels sont donc parmi les actes individuels ceux qui

(1) Il est intéressant de relever une constatation identique sous la plume d'un auteur qui, bien que commentant Montesquieu, n'avait manifestement pas l'intention de se livrer à une analyse juridique. Dans une préface aux *Lettres Persanes*, M. P. Valéry écrit en effet : « Il est indispensable à l'ordre qu'un homme se sente sur le point même d'être pendu quand il est sur le point de mériter de l'être. S'il n'accorde un grand crédit à cette image, bientôt tout s'écroule ». (Variété II, N. R. F. 1929, p. 55.)

doivent rentrer dans la catégorie des actes étatiques? Le fait même que nous posons cette question indique que nous ne pouvons demander ce critérium à aucune propriété sensible spéciale à certains actes. C'est donc une opération de l'esprit qui nous autorisera à imputer certains actes, non à leur auteur réel, mais à un sujet dont nous ne percevons l'existence que par l'activité que l'on reconnaît être sienne : l'Etat. Un seul critérium permet de déterminer quels sont les actes qui, bien qu'apparemment semblables à des actes individuels, constituent cette activité de l'Etat : c'est le fait que ces actes sont prévus et réglés, quant aux conditions de leur réalisation et quant à la personne qui les accomplira, par l'ordre juridique en vigueur. En effet, du moment où l'ordre étatique s'est occupé de régler les modalités d'accomplissement d'un acte, celui-ci est lié à cet ordre et, par suite, a pour support ou sujet, l'Etat. Ainsi l'Etat est le centre auquel doivent être rattachés tous les actes accomplis en vertu d'une prescription spéciale de ce système de règles auquel nous identifions l'Etat lui-même. C'est cette convergence vers un même sujet de toutes ces activités individuelles qui constitue l'unité du système étatique. Un mot suffira pour caractériser ce rapport entre l'Etat et l'acte qualifié d'étatique : la compétence; il n'y a d'activité étatique que dans l'exercice d'une compétence. Dès lors, la conformité à un ordre valable ne suffit pas, comme le pense M. Kelsen, à déterminer la catégorie des actes étatiques, il faut encore qu'ils soient conforme à la partie de l'ordre juridique qui a trait à leur réalisation.

Ce conformisme dans lequel nous voyons le caractère essentiel de l'activité de l'Etat découle naturellement de la notion même de l'Etat considéré comme

un système de règles. Il permet de dissocier les actes individuels et de ne rapporter à l'Etat que ceux dont, en réalité, il est le sujet. Il était nécessaire de poser, au début de cette étude, l'existence d'un ordre normatif à la lumière duquel nous pouvons maintenant opérer la sélection des actes individuels en n'imputant à l'ordre étatique que ceux faits en conformité avec la norme qui règle leur accomplissement. En même temps, nous observons que la volonté individuelle n'est pas prise en considération pour permettre cette sélection où seule la règle intervient pour imprimer le caractère étatique à l'activité des individus. Par conséquent, nous pouvons conclure que, dans l'exercice des fonctions étatiques, ce n'est pas uniquement l'individu ou l'organe qu'il faut considérer, mais la compétence dont ils sont investis.

Cette observation, que seuls les développements qui précèdent pouvaient autoriser, nous ramène à notre sujet. C'est, en effet, en la prenant comme point de départ qu'il nous sera possible d'étudier par rapport à la théorie des fonctions et des pouvoirs, la nature du pouvoir de revision.

SECTION DEUXIÈME

Fonction et pouvoir

Tous les actes individuels accomplis en conformité avec les normes étatiques sont légitimes; ce sont eux qui confèrent au système juridique en vigueur son efficacité; mais parmi ces actes, il y en a dont l'accomplissement est prévu et déterminé par des règles

spéciales; ce sont ceux qui sont faits en vertu d'une compétence et c'est à eux seulement, nous l'avons vu, qu'il convient d'attribuer le caractère étatique. On peut alors se demander pourquoi, à côté d'une activité purement individuelle, de laquelle on n'exige que la conformité à la règle étatique, il existe, prévue et conditionnée par cette règle, une activité qui est en quelque sorte le développement du système de normes constituant l'Etat; pourquoi, parallèlement à l'activité individuelle, se manifeste une activité étatique. L'ordre normatif ne se suffit-il pas à lui-même, le fait que les individus y soient subordonnés ne sanctionne-t-il pas pleinement son efficacité puisqu'il prévoit, à côté de son observation passive, une activité positive qui lui assurera un développement continu ? Cette question conduit à envisager l'Etat à un autre point de vue. Nous l'avons considéré jusqu'ici comme un système de normes, c'est le point de vue statique, mais au point de vue dynamique, l'Etat doit être caractérisé par son but. Grâce à ce que nous avons appelé, après M. Kelsen, la validité du système de règles juridiques, l'Etat domine les individus, eux-mêmes se soumettent à l'ordre obligatoire, ils sont des « sujets ». Cette soumission de la conduite des hommes à un ordre de contrainte forme l'aspect statique, immuable et permanent de l'Etat. Mais, à côté de la validité de ce système juridique, il y a le but en vue duquel il a été établi.

Envisagée par rapport au but qu'elle poursuit, l'activité de l'Etat est généralement ramenée à trois chefs principaux (1) : assurer la sécurité du territoire sur lequel l'ordre étatique est valable, faire régner l'ordre et le droit dans les relations des individus les uns avec

(1) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 260 et s.

les autres par l'application du système juridique en vigueur, enfin, en usant des forces supérieures dont il dispose, contribuer au développement moral et matériel des individus qui lui sont subordonnés. Ces buts ne sauraient évidemment pas être atteints par la simple soumission des individus à un ensemble de règles posées une fois pour toutes, et l'Etat ne remplirait pas son rôle, donc serait une organisation injustifiable s'il se contentait de contraindre la collectivité à respecter un ordre juridique immuable. Aussi le système des normes, auquel on donne la qualification courante d'Etat, prévoit-il que certaines activités individuelles devront s'exercer en vue de parfaire les tâches qui rentrent dans les attributions de l'Etat, considéré, cette fois, comme une personne juridique ayant des obligations.

Cette dualité d'aspect de l'Etat, conçu d'une part comme un ordre normatif et, d'autre part, comme une personne juridique, ne doit pas faire illusion. Nous parlons ici de personne au même titre que nous avons parlé plus haut de volonté étatique, c'est-à-dire en entendant par celle-ci la validité objective d'un système de normes. Au fond, il ne s'agit que d'une simplification du langage. On conçoit, en effet, qu'une personne ait des obligations, qu'elle tende vers l'accomplissement d'une certaine tâche, mais il semblerait illogique de parler des attributions d'un système juridique car on a l'habitude de considérer la règle dans l'ordre statique, établie sans doute en vue d'un certain but, mais n'accomplissant pas elle-même la progression vers ce terme qui la justifie. Cependant, la théorie des fonctions de l'Etat doit les envisager comme le mouvement propre de l'ordre normatif c'est-à-dire comme le développement et en quelque sorte — pour em-

ployer un mot célèbre — « la création continue » des règles qui en forme la substance : en un mot, comme l'aspect dynamique de la règle. C'est simplement pour éviter cette conception de la règle, encore étrangère à la pensée juridique, que l'on parle de l'Etat comme d'une personne douée d'une volonté tendue vers l'accomplissement d'un certain but. Mais il ne faut pas perdre de vue que cette personne, une fois la métaphore dissipée, n'est autre que l'« automatisme » propre à la règle. En effet, ainsi que le dit M. Kelsen, « les fonctions de l'Etat sont des fonctions de création du droit et l'ensemble en constitue le procès aux multiples étapes de la réglementation juridique... Le droit a pour caractéristique de régler sa propre création : toute norme juridique est posée conformément aux prescriptions d'une norme supérieure et, d'autre part, détermine à son tour comment sera établie une norme inférieure... » (1). C'est dans cette succession de règles portées en germe par la norme initiale que consistent les fonctions de l'Etat : ce qu'on appelle sa volonté c'est la validité de ces normes et le personifier revient à considérer l'enchaînement de ce système de règles comme la suite des actes d'un individu accomplissant une tâche déterminée. En définitive, c'est donc à la définition de l'Etat ordre normatif qu'il faut revenir, même lorsque l'on envisage son activité dans l'accomplissement de la tâche qui lui incombe.

Ainsi le système normatif initial implique une succession de règles posées conformément à celles qui les précèdent et grâce auxquelles les attributions de l'Etat pourront être remplies. En effet, ces règles fixent les compétences en vertu desquelles seront accomplies les

(1) Kelsen, *Op. cit.*, p. 64.

tâches que l'Etat s'est assignées; elles détermineront l'activité de certains individus qui poseront d'autres règles, et ainsi les normes, acquérant un contenu de plus en plus individualisé, s'enchaîneront jusqu'au dernier acte d'exécution, qui, clôturant la série, n'est plus créateur de droit. Sans doute, les volontés individuelles auront une influence certaine sur le contenu des règles ainsi posées en application des précédentes, mais c'est là une question d'appréciation politique; au point de vue juridique c'est la succession seule de ces règles qui est à envisager; l'activité individuelle doit être prise en considération non quant à son résultat, mais quant aux conditions selon lesquelles elle peut être valablement exercée en tant qu'activité étatique.

L'objet de la théorie juridique de la fonction répond à la nécessité de savoir au moyen de quels actes et en vertu de quelle compétence l'activité individuelle devient activité étatique, c'est-à-dire dans quelle mesure ce pouvoir de fixer des règles appartient à certains individus et quelle est la portée et l'objet propre du pouvoir qui leur est ainsi reconnu. Analysant chaque enchaînement de règles devant aboutir à l'accomplissement définitif d'une tâche, la théorie de la fonction les distingue et les classe en systèmes séparés dont chacun forme un aspect du développement de la norme initiale unique.

Selon une tradition fort ancienne, encore que discutée, les fonctions étatiques sont classées dans trois grandes catégories : l'exécution, la législation et la justice. Elles sont remplies par des individus appliquant une règle et en posant une autre qui, à son tour, sera appliquée; l'activité de ces individus déterminée par la règle qu'ils appliquent, leur confert le titre

d'organe; mais il faut immédiatement noter que la notion d'organe se caractérise non par le contenu juridique de l'acte accompli mais par sa nature. C'est parce que l'accomplissement d'un acte est prescrit et conditionné par l'ordre normatif antérieur que cet acte doit être imputé à l'Etat et que, dans l'exercice de sa fonction son auteur est un organe d'Etat. En d'autres termes, l'organe d'Etat, c'est l'autorité qui exerce une activité étatique, c'est-à-dire, ainsi que nous l'avons établi plus haut, l'individu ou le groupe d'individus dont l'activité doit être détachée de son auteur et imputée à un sujet unique : l'Etat.

On peut considérer l'organe à des points de vue très divers en distinguant par exemple les organes subordonnés de ceux qui ne le sont pas; on dira alors qu'il y a subordination d'un organe à un autre quand l'un sera tenu de se conformer à la règle posée par l'autre; on peut aussi distinguer les organes primaires des organes secondaires, les premiers étant directement conditionnés par la norme initiale, les autres tenant leur compétence des règles émanées d'un organe primaire (1). Enfin l'organe peut être encore envisagé sous deux aspects différents selon qu'il remplit une fonction par la simple mise en œuvre de la compétence qui lui est attribuée, ou suivant qu'en plus de sa compétence il est investi d'un droit à l'exercice de sa fonction. C'est cette distinction qui va nous retenir ici; nous l'exprimons par les deux termes : compétence et pouvoir.

Si l'on considère la situation des organes étatiques par rapport aux règles qu'ils doivent appliquer, on remarque que les uns n'ont d'autre titre à l'applica-

(1) Cf. Jellineck, *L'Etat moderne et son Droit*, t. II, p. 227 et suiv.

tion de ces règles que celui qu'ils tirent de l'ensemble des normes qui exigent et règlent leur activité. Il n'y a en eux aucune qualité propre qui leur permette d'exercer une fonction de l'Etat, et le rôle qu'ils sont appelés à remplir leur est, non pas dicté par une décision de leur volonté, mais imposé par une norme étatique (2). Leur activité n'est légitime qu'en vertu d'une compétence. En même temps que sont posées les règles selon lesquelles une fonction sera exercée, l'individu qui aura à la remplir est déterminé : du fait qu'il remplit les conditions exigées par les règles qui organisent la fonction, il sera investi de celle-ci. Dans ce cas, le titulaire de la fonction est dans une situation purement objective. D'autres organes étatiques, au contraire, exercent leur activité en vertu d'une puissance qu'ils semblent ne tirer que d'eux-mêmes ; leurs décisions sont le reflet d'un droit subjectif inhérent à l'autorité qui les prend. Sans doute, dans ce cas, la volonté individuelle ne décide pas arbitrairement, elle demeure subordonnée à la règle étatique, mais outre la compétence qui fixe les conditions dans lesquelles leur activité sera valable, ces organes jouissent d'un pouvoir propre qui leur confert le droit de participer à la création de l'ordre étatique, c'est-à-dire à l'élaboration du droit. Ce sont ces organes doués

(2) Cf. Barthelemy et Duez. *Traité de Droit constitutionnel*, 1926, p. 197 : « L'ensemble des pouvoirs conférés par l'acte créateur à l'organe créé est justement la compétence. Le système des droits propres et l'antipode de cette première conception. Avec lui, l'autorité constitutionnelle titulaire du Droit propre, ne le tient pas de la Constitution, laquelle ne le domine pas tout entier. La constitution a seulement pour effet de limiter plus ou moins solidement par l'établissement de certaines formes, l'exercice de ce droit propre sur certains points donnés, mais elle ne le crée pas : la réglementation constitutionnelle le suppose antérieur à elle. »

d'un droit subjectif que nous appellerons organes-pouvoir, en les opposant à cette autre catégorie d'organes qui, ne possédant aucun droit propre à l'exercice de leur fonction et n'ayant d'activité qu'en vertu d'une compétence, seront qualifiés, *brevitatis causa*, organes-compétence (1).

Comment expliquer que dans une organisation étatique caractérisée par un système de normes, il y ait place, chez les individus chargés de poser des règles en application de règles précédentes, pour un droit subjectif; que la règle juridique étant, par essence, l'établissement d'une obligation, on puisse reconnaître une efficacité aux droits subjectifs? La question paraît insoluble et il semble qu'un auteur comme Duguit traduit parfaitement la vérité lorsqu'il écrit : Éliminer tout ce qui n'est pas un fait directement constaté, éliminer notamment la notion purement métaphysique de droit subjectif, c'est-à-dire le pouvoir d'une volonté de s'imposer comme telle à d'autres volontés, voilà la condition indispensable pour déterminer pratiquement et positivement le domaine du droit » (2). Cependant, la notion de droit subjectif, telle qu'elle se manifeste ici, ne doit pas faire illusion : nous n'oublions pas qu'elle intervient dans un système de règle, et cette ambiance atténue ce qui, dans la conception traditionnelle du droit subjectif, est trop absolu.

Considérons d'abord que le fait que certains individus participent activement et en vertu d'une puis-

(1) L'activité d'un organe n'est, certes, jamais exercée qu'en vertu d'une compétence, mais ce que précise les deux termes d'organe-compétence et d'organe-pouvoir, c'est le fait que dans l'activité du dernier l'élément compétence n'est pas seul en jeu.

(2) Duguit. *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e éd., 1927, t. I, p. 3.

sance qui leur est propre, à la domination de l'Etat n'a pas pour conséquence de placer ces individus en dehors de l'ordre juridique. L'harmonie du système normatif, que nous avons déjà eu l'occasion de noter en étudiant son développement, n'est pas rompue du fait que la volonté individuelle intervient selon une qualification qui lui est inhérente. En effet, d'une part cette volonté est enfermée dans les limites de la compétence — le droit subjectif ne peut se réaliser que dans le domaine qui lui a été assigné par la règle — et, d'autre part et surtout, ce droit subjectif que l'on a coutume de considérer comme existant chez l'individu indépendamment de tout ordre juridique, n'a véritablement d'efficacité réelle que parce qu'il est reconnu et en quelque sorte asservi par le système des normes étatiques. Ainsi, l'activité de l'organe-pouvoir n'est, elle aussi, qu'une participation à l'élaboration du droit conditionnée par le respect d'une règle supérieure.

Les tendances d'une constitution, le régime qu'elle instaure sont marqués par la garantie aux citoyens d'un droit subjectif à certaines prérogatives, à l'égalité, à la liberté de conscience, à la participation à l'œuvre législative; mais il faut remarquer que ce droit subjectif ne peut pas être considéré comme la qualification des volontés individuelles indépendantes, ni comme un droit naturel antérieur à toute sanction juridique; ce droit, l'individu n'en est titulaire que parce que la constitution en a décidé ainsi. Que si la constitution confère aux individus le droit de participer à la formation de la volonté étatique, ce droit n'est pas d'une nature spéciale, différent de celui mis en œuvre dans la stricte application d'une disposition législative. C'est un droit identique à tous ceux

qui résultent du système normatif en vigueur; en un mot, ce n'est pas un droit initial et inconditionné chez l'individu; c'est le Droit envisagé sous son aspect subjectif (1).

Nous sommes loin, on le voit, de la conception du droit subjectif telle qu'elle régnait chez les civilistes du début du siècle, c'est-à-dire une volonté ayant une qualité propre qui lui donne le pouvoir de s'imposer comme telle à d'autres volontés. Au lieu de mettre l'accent sur ce caractère d'indépendance et de supériorité qu'implique le « pouvoir de s'imposer », nous insistons sur l'élément de subordination qui fait du droit subjectif une création de la norme étatique. L'organe-pouvoir participe de sa propre volonté à la formation de la volonté étatique, mais cette association à l'élaboration du droit n'est encore qu'une manifestation de la puissance des normes constitutives de l'Etat. En somme, reconnaître à un organe un droit subjectif à l'exercice de sa fonction revient à reconnaître une certaine efficacité à la volonté de l'organe, mais en subordonnant immédiatement cette volonté à l'ordre juridique. Comme le dit M. Kelsen, dans une formule saisissante, « le droit subjectif n'est que le résultat de l'application aux individus du droit objectif » (2).

Le caractère du droit subjectif apparaîtra plus nettement encore si l'on considère les raisons qui militent en faveur de sa reconnaissance. L'Etat, avons-nous dit, est un système normatif comme tout groupement social, mais, en outre, c'est un ordre de contrainte, or, pour que cet ordre soit efficace, il faut un minimum de subordination des individus. Cette

(1) Cf. Kelsen. *Op. cit.*, p. 40.

(2) *Op. cit.*, p. 40.

subordination est assurée d'une part par l'intervention de la sanction et, d'autre part, par le fait que « les individus pensent la règle » et que cette idée agit en les incitant à régler leur conduite sur la norme » (1). Par la contrainte seule l'ordre étatique ne saurait se maintenir et c'est pourquoi il prévoit une certaine participation de la volonté individuelle à la création du droit (2). Selon les autorités auxquelles cette participation sera accordée la forme politique de l'Etat variera car les méthodes politiques de création de l'ordre juridique dépendent des organes auxquels est reconnu le droit subjectif de collaborer à la formation de la volonté étatique. La mesure dans laquelle ce droit subjectif est reconnu ressort du domaine de la science politique et le droit ne doit s'en occuper que lorsqu'il s'agit de qualifier la forme gou-

(1) Kelsen. *Op. cit.*, p. 9.

(2) « Bien entendu, la possibilité d'une organisation étatique, qui serait fondée sur sa force ou sur une volonté ne présentant pas le caractère de volonté nationale, est exclue en France : elle est inconciliable avec le concept de souveraineté de la nation, qui est à la base du Droit public français tout entier. » (Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 492 en note.) Ce principe, proclamé par l'Assemblée nationale de 1789, est, à juste titre, considéré comme traditionnel, puisque toutes nos constitutions depuis la Révolution, ont envisagé la souveraineté comme un pouvoir national, dont aucune autorité ne pourrait être le titulaire exclusif. Il condamne tout système organique qui aurait pour conséquence l'appropriation par un pouvoir constitué de la puissance qui appartient à la seule collectivité nationale. C'est en ce sens qu'il paraît difficile, juridiquement parlant, de proclamer la toute puissance d'un organe, comme le font certains auteurs, en nommant le Parlement. Son rôle constituant ne lui apporte qu'un accroissement de puissance politique, mais non juridique, puisque cette puissance est insusceptible d'appropriation.

vernementale d'un Etat. il suffit ici de noter la nature de cette participation. Elle implique bien chez l'individu un droit subjectif, mais de même que chez la généralité des sujets c'est la représentation de la règle qui fait qu'elle est observée, de même chez l'organe qui a un droit à la formation de l'ordre juridique, c'est l'interprétation de la règle à appliquer qui constitue son pouvoir. En définitive, il faut considérer le droit subjectif, fondement du pouvoir non comme une qualité autonome de l'autorité qui exerce ce pouvoir, mais comme la personnification partielle de l'ordre juridique dont l'Etat est la personnification totale.

Certes, un individu titulaire du droit de participer à l'assemblée du peuple ou à la formation du Parlement peut décider en toute liberté du sens dans lequel il exercera son droit; le contenu de ses décisions dépendra de sa seule volonté. Mais du fait qu'elles seront considérées comme éléments de l'activité étatique, elles sont en quelque sorte détachées de la volonté de l'individu dont elles émanent pour être imputées à l'Etat. La qualification d'étatique donnée à un acte — et une décision prise relativement à la formation du droit l'entraîne nécessairement —, implique que cet acte accompli conformément à un ordre valable, dans les conditions et par les personnes prévues pour le faire, correspond à l'ordre étatique et, par conséquent, doit lui être rapporté.

Nous pouvons comprendre maintenant la portée de la règle de droit. Elle enferme toute activité individuelle dans une sorte de fatalité juridique dont on ne peut s'échapper sans bouleverser l'ordre étatique; fatalité qu'on pouvait comparer au principe de causalité dans l'ordre naturel. L'activité des divers or-

ganes étatiques se présente comme formant les étapes successives du développement de la règle initiale, c'est-à-dire de la création du droit. Qu'il s'agisse d'une loi, d'un règlement ou d'un acte d'exécution matérielle, ces actes ne sont que des stades dans l'élaboration de la volonté étatique considérée comme la validité des règles qui, s'enchaînant les unes aux autres, concourent à la formation de l'Etat.

Ces considérations appellent une remarque dont nous aurons à nous prévaloir dans la suite.

Dans un système normatif suffisamment complet et cohérent pour que sa validité soit durable, il n'y a pas place pour la liberté individuelle; non parce que la règle asservit et supprime nécessairement toute indépendance chez les membres de la collectivité nationale, mais parce que la liberté impliquerait dans l'ordre juridique un trou, une solution de continuité dans l'enchaînement des règles, en un mot, parce que là où il y aurait liberté et indépendance, il ne saurait en même temps y avoir organisation juridique. En effet, la seule façon de définir la liberté, c'est de la caractériser par l'absence de règle. Par contre, si l'ordre juridique est inconciliable avec la notion d'une liberté générale et imprécise définie surtout négativement — notion d'une liberté dont les avantages sont du reste illusoires — ce même ordre juridique peut être générateur de libertés positives, définies et garanties par lui et dont la reconnaissance constitue précisément ce que nous appelons les droits subjectifs.

Ces conclusions générales peuvent paraître super-

(1) Voir en ce sens, Orlando, *Principes de Droit public et constitutionnel*, 1902, p. 397. « ...Chaque institution peut-on dire, constitue pour la liberté populaire une réalisation et une garantie. »

flues ici, nous verrons cependant bientôt le parti qu'on peut en tirer quand il s'agira de préciser la notion du pouvoir de revision en l'opposant à ce que l'on appelle le pouvoir constituant.

Ainsi, parmi les activités des individus qu'il convient d'imputer à l'Etat, et par suite de qualifier d'activité étatique, une distinction doit être établie non d'après la qualité de l'auteur de l'acte, mais d'après la nature du droit invoqué pour l'exercice de la fonction. S'il s'agit d'une activité déployée en application des règles qui conditionnent la fonction, il y a subordination directe de l'organe à l'ordre juridique en vigueur : la compétence est le seul droit qu'il puisse invoquer à l'exercice de la fonction, c'est un droit objectif. Que si, au contraire, l'organe possède en lui un droit subjectif à participer à l'activité étatique, c'est-à-dire si, en dehors de la compétence qui l'appelle à la création de l'ordre juridique, il jouit d'une vocation particulière à collaborer à celui-ci, nous dirons que cet organe est investi d'un pouvoir. Il n'est pas subordonné directement aux normes qui régissent l'activité étatique; entre la règle qu'il pose en vertu de son pouvoir et la règle supérieure qui est ainsi appliquée, il y a place pour une manifestation de volonté de l'organe.

Mais de cette distinction ainsi établie il ne faut pas exagérer la portée. Ainsi que nous avons essayé de le montrer en précisant la nature du droit subjectif, l'exercice d'une fonction quelle que soit la façon dont on l'envisage, c'est, en définitive, toujours le développement d'une norme initiale, son individualisation de plus en plus précise, vers l'acte matériel qui clôturera la série des règles où l'on voit la manifestation d'une volonté étatique. L'erreur d'une doc-

trine courante a été de croire que seuls les organes-compétence s'accordaient avec cette conception de l'ordre étatique considéré comme l'enchaînement d'un ensemble de règles à une règle initiale qui les contient toutes, et que, au contraire, l'activité des organes-pouvoir ne devait pas être insérée dans la série des actes faits en vertu d'une simple compétence. On plaçait initialement l'opposition entre organe-compétence et organe-pouvoir pour marquer entre eux une différence de nature qui, en fait, n'existe pas. En effet, dans l'activité de l'organe-pouvoir, il y a toujours un élément de subordination à une compétence et, en outre, il y a soumission à l'ordre normatif.

Contrairement à ce qu'affirme la doctrine habituelle, la différence entre la compétence et le pouvoir n'est pas originaire; elle ne témoigne pas de l'existence de deux sources de droit, l'une consistant en une norme initiale dont d'autres règles découlent par le simple exercice d'une compétence, l'autre formée par des volontés individuelles autonomes. Il n'y a qu'une source de droit, ou plus exactement, qu'un centre de formation de la volonté étatique, c'est l'ordre normatif qui coïncide avec l'Etat. Dès lors, dire que tel organe possède un droit subjectif à la création du droit, loin de nous forcer à reconnaître l'existence d'une volonté autonome, revient à constater qu'une règle supérieure remet à certains individus le pouvoir de déterminer eux-mêmes le contenu des règles juridiques, autrement dit, de poursuivre l'élaboration du droit. Et ainsi, la règle posée en vertu de ce pouvoir sera, non la conséquence de volontés individuelles, mais l'application de la norme supérieure.

SECTION TROISIÈME

Pouvoir constituant et pouvoir de revision

Ayant ainsi précisé la nature de la puissance mise en œuvre dans l'exercice des fonctions étatiques, il importe maintenant de définir celle qui consiste à modifier ou à abroger les dispositions constitutionnelles et de la placer dans le cadre de cette activité étatique dont nous avons étudié sommairement le mécanisme.

L'analyse du pouvoir de revision nous conduira d'abord à envisager la doctrine traditionnelle du pouvoir constituant, puis à séparer de celui-ci la fonction de revision en la considérant comme l'exercice d'une activité étatique de la même nature que celle remplie par les autres organes de l'Etat.

§ 1^{er}. — *La doctrine traditionnelle du pouvoir constituant.*

Prenant comme point de départ la supériorité de l'acte constitutionnel par rapport à toutes les règles émises conformément à lui, les auteurs, opposant la législation constitutionnelle à la législation ordinaire, caractérise le pouvoir constituant comme un pouvoir initial, primaire et indépendant. La constitution étant conçue comme un statut supérieur aux autorités qui exercent les pouvoirs qu'elle délègue, la séparation du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués se dé-

gage franchement du fait que le pouvoir constituant ne saurait appartenir aux autorités constituées. Les assemblées législatives peuvent bien être admises à provoquer une revision, mais ce n'est pas à elles qu'il appartient de la parfaire : une fois la revision provoquée, les Chambres doivent s'effacer et laisser place à l'activité de l'organe constituant.

En France, c'est Sieyès qui, reproduisant les doctrines déjà admises aux Etats-Unis, a introduit cette conception du pouvoir constituant. Partisan des idées de Montesquieu sur le régime représentatif et professant d'autre part le concept de Rousseau sur la souveraineté du peuple, il a fait, dans sa théorie du pouvoir constituant, une synthèse du *Contrat social* et de l'*Esprit des lois*. Sans doute, la doctrine de Rousseau, voyant dans toute loi, l'émanation de la volonté populaire, ne laisse guère de place pour une distinction du pouvoir constituant, mais Sieyès mêlant à la thèse de Rousseau des éléments empruntés à Montesquieu, arrive à une conception originale. Dans un régime représentatif, le peuple n'exerce pas par lui-même les fonctions de puissance publique, il agit par ses représentants sans toutefois perdre son caractère de souverain car sa souveraineté s'affirme en ce que c'est lui qui constitue les autorités représentatives en leur conférant leurs pouvoirs. Dès lors, l'acte constitutionnel apparaît comme une loi initiale, manifestation spéciale de la souveraineté populaire et par là d'une autre essence que les lois ordinaires. Sans doute les conclusions de Sieyès quant à la façon dont pouvait être abrogé l'acte constitutionnel ont été rejetées, mais il n'en reste pas moins que c'est sa théorie du pouvoir constituant qui s'est imposé dans les esprits, sinon toujours dans les textes.

Nous ne nous étendrons pas davantage sur la doctrine de Sieyès quant à la supériorité du pouvoir constituant, aussi bien nous avons déjà vu à quelles conclusions elle aboutissait. Mais ce qu'il importe de noter c'est qu'elle porte en germe toutes les confusions qui règnent encore dans la doctrine entre le pouvoir constituant et le pouvoir de revision, le premier étant entendu comme d'une autre nature que le second. Du reste il serait injuste de charger Sieyès de la responsabilité de telles erreurs, car elles sont, au moins autant qu'à lui, redevables à la simultanéité dans le temps de deux problèmes qui, posés ensemble, avec sans doute un manque suffisant de clarté, ne permirent pas que leurs données fussent nettement séparées. En effet, reportons-nous à l'activité des premières assemblées de la Révolution. Nous voyons leurs membres occupés à l'élaboration d'une constitution, la première selon les grandes idées régnantes : contrat social, souveraineté nationale. L'ordre juridique à la création duquel on procédait ainsi ne se rattachait pas à l'ordre juridique de la monarchie déchue; les représentants chargés d'exercer le pouvoir constituant se considéraient comme les remplaçants de la nation elle-même; indépendants comme elle, ils rattachèrent tout naturellement à l'exercice du pouvoir constituant l'idée d'une volonté inconditionnée qui vaut comme celle de la nation. Il était dès lors facile à prévoir que, lorsque l'acte constitutionnel étant achevé on arriverait à poser les conditions selon lesquelles il pourrait être modifié, abrogé et remplacé par une constitution nouvelle, les esprits se reporteraient aux circonstances dans lesquelles avait été élaborée la constitution que l'on était en train de parfaire en établissant les modalités de sa revision. Par une vue de l'esprit purement

gratuite on identifiait la revision effectuée dans le cadre d'une ordre statutaire antérieur à l'acte par lequel avait été établie la première constitution issue d'une agitation révolutionnaire. Cette identification ne conduisait à rien moins que de placer hors du Droit une activité qui, sans cette confusion, aurait du trouver place dans la succession des règles juridiques prévues par la norme initiale. En un mot, on identifiait le pouvoir juridique de revision avec la puissance de fait constituante. C'est de cette erreur initiale que découlent toutes les confusions qui se manifestent à propos de l'analyse du pouvoir de revision.

La conception du pouvoir de revision telle qu'elle ressort de la doctrine traditionnelle participe à la fois de la notion exacte du pouvoir de revision et d'une notion extra-juridique du pouvoir constituant. Nous avons vu, au cours du chapitre précédent comment cette conception s'est imposée sous l'empire de considérations pratiques, à savoir, d'une part pour empêcher la possibilité d'un recours à une agitation populaire lorsqu'il y a lieu de modifier la constitution, d'autre part pour sauvegarder, en apparence du moins, le droit du peuple à changer les institutions qu'il s'est données, sans avoir besoin pour cela de recourir à des formes déterminées.

Du compromis ainsi institué découlent deux caractères que l'on attribue au pouvoir de revision : en premier lieu c'est un pouvoir qui est subordonné aux conditions mises à son exercice par l'acte constitutionnel qu'il s'agit de modifier, mais par ailleurs c'est un pouvoir qui, par la qualité de son auteur ou, selon des divergences secondaires de doctrine, par la matière à laquelle il s'applique, présente une force spéciale d'une autre nature que celle mise en œuvre par les autorités constituées,

un pouvoir supérieur, initial, inconditionné pour tout dire.

Nous essaierons plus loin de rechercher par quels artifices une semblable théorie a pu, non seulement trouver place dans notre droit public, mais encore s'imposer à des auteurs qui, cependant, ne se payent pas de mots. Lorsqu'il s'agit de faire croire à la souveraineté nationale, il n'est pas de mythes auxquels on ne fasse appel et il est curieux d'observer que ce concept erroné et inutile, quoique déjà sérieusement discuté, se trouve encore à l'origine de toutes les confusions qui encombrant les théories du droit constitutionnel (1).

Il faut ici écarter une objection qui risque de venir à l'esprit. L'opposition entre pouvoir de revision et pouvoir constituant, dira-t-on, repose seulement sur une différence de terminologie : ce que vous appelez pouvoir de revision n'est que le pouvoir constituant tel que l'entend la doctrine traditionnelle, et une preuve en est dans le fait que c'est sous la rubrique « *de la revision de la constitution* » que les traités s'occupent souvent du pouvoir constituant. Cette objection ne porte pas car nous verrons que les caractères que l'on présente d'ordinaire comme étant de l'essence du pouvoir constituant ne se retrouvent pas dans l'exercice de la fonction revisionniste. Toutefois il n'est pas douteux qu'une question de terminologie soit en jeu. En effet, la doctrine traditionnelle, sous le terme uni-

(1) Cf. L. Duguit, *Souveraineté et liberté*, Paris, Alcan, 1922, p. 69. « Les idées d'une époque sont des faits sociaux... et si je ne craignais pas d'être paradoxal, je dirais qu'elles exercent une action d'autant plus forte qu'elles sont plus fausses. L'histoire de la notion de souveraineté illustrerait assez bien cette proposition. »

que de pouvoir constituant englobe deux notions tout à fait différentes auxquelles nous nous efforcerons de restituer leur véritable portée, et que nous appelons le pouvoir constituant *stricto sensu* et le pouvoir de revision. Ainsi lorsque nous parlerons du pouvoir constituant sans qualificatif, il faudra songer non au pouvoir que la terminologie habituelle désigne tantôt sous le nom de pouvoir constituant, tantôt sous celui de pouvoir de revision (1), mais au pouvoir constituant tel qu'il existe, juridiquement identique au pouvoir de revision.

Sur le pouvoir constituant *stricto sensu* nous serons bref. En effet, pour le juriste il ne peut être défini que négativement. C'est un pouvoir de fait qui, par conséquent, est extérieur au droit. On peut l'envisager de différents points de vue, mais alors qu'il est à la fois du domaine du sociologue, du philosophe et de l'historien, il échappe totalement à l'analyse juridique.

L'Etat existe du fait de la validité et de l'unité d'un système de règles qui l'ont créé en naissant elles-mêmes; l'ordre étatique repose sur une première norme fondamentale qui, ne se déduisant pas d'une norme antérieure échappe à toute qualification juridique quant à son mode d'établissement. Après avoir parcouru une longue série de règles dont la validité résulte de l'application d'une règle antérieure posée conformément à une constitution précédente, on arrive nécessairement à une constitution qui n'a pas été

(1) Ainsi M. Fonteneau, *Du pouvoir constituant en France et de la revision constitutionnelle*, Thèse Caen, 1900, écrit : « Le pouvoir constituant est le droit de faire ou de modifier la constitution », sans expliquer à la suite de quel raisonnement il assimile l'œuvre paisible d'une assemblée de revision à celle d'une organisation révolutionnaire.

élaborée en conformité avec les prescriptions d'une autre constitution parce que celle-ci n'existe pas. Cette constitution première, point n'est besoin d'aller la chercher à l'origine de l'humanité, elle existe après tous les mouvements révolutionnaires, c'est-à-dire après toute activité sociale qui, rompant la continuité de l'ordre étatique, lui impose une solution en posant une constitution élaborée par une volonté autonome et indépendante des prescriptions contenues dans la constitution abolie. C'est dans cette volonté indépendante de toutes formes que réside le pouvoir constituant *stricto sensu*.

Ainsi que le fait remarquer M. le Doyen Berthelemy « l'homme attend de l'organisation du groupe dont il fait partie, la protection nécessaire contre ce qu'il tient pour l'injustice, autrement dit la sanction du droit. Cette sanction ne peut évidemment être obtenue que par la force. La préoccupation essentielle de toute société primitive est ainsi de mettre la force au service du droit, ce qui ne peut se faire que par l'institution de l'autorité. Il faut donc que des hommes commandent aux hommes; il faut que ceux qui imposent aux autres l'obéissance (les gouvernants) le fassent en conformité de la règle de droit, c'est-à-dire en se conformant à ce que, dans leur conscience, les gouvernés considèrent comme juste » (1). L'ordre étatique implique la reconnaissance de l'autorité, mais originairement c'est toujours par la violence — en donnant à ce terme une acception très large : prestige de la force physique, prestige moral — « que les titulaires de l'autorité se sont imposés aux

(1) Berthelemy. *Le fondement de l'autorité politique*. R. D. P., 1915, p. 662.

peuples, comme c'est par l'observation du droit qu'ils se sont maintenus » (1). La puissance de commandement qui résulte de la validité des règles étatiques a toujours été revendiquée par les plus forts; qu'ils aient légitimé leur recours à la violence par la création d'un acte constitutionnel auquel la collectivité s'est soumise, et dans la suite justifié, leur autorité par sa conformité avec le système de règles qu'ils ont établi, il n'en reste pas moins qu'à l'origine leur puissance aussi bien que la force créatrice de la constitution étaient un pur fait et ne saurait appartenir, comme tel, à une catégorie juridique.

Du moment où le gouvernement issu d'une révolution ne rencontre plus, dans la nation, de résistance sérieuse et qu'il parvient à assurer le respect du système de règles qu'il a établi, l'état de fait qui a consacré le pouvoir de ce gouvernement en dehors des règles de droit antérieures, s'est transformé en état de droit. Les individus qui ont puisé dans leur seule volonté la puissance de changer les institutions en vigueur sans se conformer aux prescriptions qu'elles avaient posées pour leur modification, ont rompu avec l'ordre juridique en mettant en œuvre leur pouvoir constituant *stricto sensu*. On comprend dès lors que les périodes de formation originaire des constitutions échappent à l'examen juridique. Ce qu'il importe d'étudier c'est, en effet, l'Etat organisé, le système de normes en vigueur prévoyant lui-même une procédure pour sa modification éventuelle; mais alors, dans ce cadre on ne trouve plus de pouvoir constituant indépendant, livré à la merci d'une audace heureuse et, au demeurant, serviteur de la force. Au lieu de cette puissance constituante dont l'exercice ternit trop

(1) Berthélemy. *Op. cit.*, *R. D. P.*, 1915, p. 675.

souvent le beau nom de pouvoir, on trouve un organe dont l'action légitime sera imputée à l'Etat lui-même et qui, modifiant les règles par l'application des règles elles-mêmes, assurera sans heurt la concordance des institutions avec les besoins de la nation, ainsi que correspondent à la course de l'ombre les heures s'enchaînant au cadran d'une horloge.

Il est remarquable que les auteurs (1), après avoir constaté que la naissance de l'Etat, donc de sa première constitution, est un simple fait non susceptible de recevoir une teinture juridique, se soient appliqués à revêtir le pouvoir en vertu duquel l'acte constitutionnel est modifié dans les conditions prescrites par lui, des caractères du pouvoir de fait qui a donné naissance à la constitution initiale. On conçoit que l'indépendance de toute forme soit le propre d'un pouvoir qui puise sa force dans une volonté incon-

(1) Cf. Michoud. *Personnalité morale*, t. I, p. 118 : « Il suffit pour que la volonté dirigeante soit considérée comme celle du groupe, qu'elle réussisse à s'imposer d'une manière ou d'une autre, par la possession ou par la contrainte, au groupe entier. C'est là le fait social qui achève la personnalité de l'Etat... Le Droit n'a pas ici de pouvoir d'appréciation, il ne crée rien. » Ailleurs, t. I, p. 263, M. Michoud écrit : « L'existence de l'Etat est un fait naturel que le Droit n'a qu'à interpréter... » Dans le même sens, M. Carré de Malberg (*Op. cit.*, t. I, p. 61 et s.) constate que « la formation originelle des Etats ne peut pas être ramenée à un acte juridique proprement dit... La science juridique n'a donc point à rechercher le fondement de l'Etat : la naissance de l'Etat n'est pour elle qu'un simple fait non susceptible de qualification juridique », et plus loin, l'éminent maître de la Faculté de Droit de Strasbourg écrit : « L'Etat étant la source du Droit ne peut avoir sa source dans le Droit. » Dans le même sens encore, voir Borel, *Etude sur la souveraineté et l'Etat fédératif*, cité par Carré de Malberg (*op. cit.*, t. I, p. 62).

ditionnée, mais l'erreur est manifeste qui consiste à attribuer cette même indépendance à une volonté limitée par la nécessité d'appliquer une règle antérieure.

Nous avons déjà remarqué l'origine de cette erreur dans les conditions historiques qui ont présidé à l'élaboration de la première constitution positive du Droit français. Une autre explication de cette confusion peut être trouvée dans une fausse conception du pouvoir de revision, provenant elle-même d'une interprétation erronée du fait d'expérience quotidienne qu'est la puissance publique.

Dans chaque organisation étatique on trouve un certain nombre d'organes dont l'activité, imputée à l'Etat lui-même, est une manifestation de cette puissance spéciale qui résulte de la validité de l'ordre juridique en vigueur. Si l'on se pose la question de savoir d'où les détenteurs du pouvoir tiennent la qualité qui confère le caractère étatique à leur activité exercée dans certaines conditions il semble que juridiquement une réponse unique, s'impose. Ainsi que nous l'avons fait ressortir au cours de la première section de ce chapitre, ils tirent leur compétence de l'ordre juridique en vigueur, et, au premier chef, de la constitution. Un historien ou un sociologue pourront rechercher quel est le fondement des institutions qui justifient la puissance, à l'intérieur de l'Etat, de certains individus ; le juriste, au contraire, doit se borner à une réponse purement formelle : une autorité est investie de la puissance publique parce que l'ordre étatique en décide ainsi. Cependant, il est rare que les auteurs dont les idées constituent la doctrine traditionnelle se soient tenus à cette solution et ainsi que le fait observer M. Carré de Malberg, ils « prétendent descendre au fond des

choses et déclarent qu'il est indispensable de chercher quelles sont les bases rationnelles de l'autorité exercée par certains personnages ou corps, au nom de l'État. Ils posent alors la question théorique de savoir quelle est la source première du pouvoir exercé par les gouvernants ou — pour employer la terminologie établie en France à cet égard — en qui réside primitivement la souveraineté » (1). Le plus curieux, c'est que M. Carré de Malberg lui-même, après avoir constaté le caractère extra-juridique de semblables investigations, n'échappe pas à la curiosité, qui répond d'ailleurs à un besoin bien français de logique et d'équité, de rechercher la justification de la puissance des gouvernants. Du reste, il faut convenir que l'instabilité des institutions françaises depuis 1789, explique, pour une bonne part, les controverses soulevées par la question des origines du pouvoir. Cependant, il n'en reste pas moins qu'elle échappe par sa nature à la science juridique.

La succession rapide des constitutions qui se sont suivies durant la période révolutionnaire sans s'enchaîner juridiquement, a conduit à considérer que la légitimité des constitutions ainsi créées en dehors de l'ordre juridique, pouvait être cherchée extérieurement à une tradition juridique constante. Les détenteurs du pouvoir ne pouvant justifier leur autorité par un ordre normatif antérieur qu'ils avaient commencé par abolir furent amenés à fonder sa légitimité sur la volonté qui les avait portés au pouvoir. Mais, en même temps, se rappelant avec quelle aisance la constitution antérieure avait été écartée, ils envisagèrent les modifications éventuelles du régime constitutionnel

(1) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 145.

qu'ils instaurent comme dépendant de cette même volonté toute puissante en qui était incarnée la souveraineté.

Ainsi, sous l'empire de cette instabilité constitutionnelle, la question de savoir en qui réside le pouvoir constituant fut étroitement liée à celle de la souveraineté. Une position fautive était, de cette façon, adoptée dès le début : au lieu de se placer pour envisager les modifications constitutionnelles dans le cadre et à la suite d'un ordre statutaire préétabli, on écarte toute organisation juridique préexistante et on prétend faire dépendre le changement de constitution d'une décision inconditionnée de l'autorité souveraine.

Une telle conception résulte directement des principes révolutionnaires relativement au rôle de la collectivité nationale. Du moment que l'on place la source des pouvoirs dans le peuple, il est naturel que l'on face appel à lui lorsqu'il s'agit d'établir l'acte constitutionnel et que sa décision en cette matière soit indépendante de toute forme.

Nous n'essaierons pas de retracer les deux théories qui ont divisé la doctrine quant à l'origine du pouvoir : la théorie de la souveraineté nationale et celle de la souveraineté du peuple. Ce serait, certes, un sujet intéressant mais, encore une fois, le domaine juridique est différent de celui des spéculations métaphysiques. Les doctrines démocratiques qui placent dans la volonté collective de la société l'origine du pouvoir politique ne sont, en droit, pas plus justifiables que les théories qui voient la légitimité de ce même pouvoir dans un dessein de la Providence. Elles n'apportent aucun élément constitutif de la thé-

orie de l'Etat et ne peuvent être considérées que comme des hypothèses purement gratuites. Il nous faut cependant, sans développer entièrement la théorie traditionnelle de la souveraineté nationale, en préciser les points où se manifeste la confusion que nous dénonçons entre le pouvoir constituant *stricto sensu* et le pouvoir de revision.

D'après la théorie classique, qui procède directement de Rousseau, la collectivité nationale est une personne dont la naissance a coïncidé avec le contrat social : cette personnalité est réelle, ce n'est pas une fiction, le moi commun qui forme son unité est né de l'adhésion des individus au pacte social. Sa volonté est donc distincte de celle des individus qui composent la collectivité, et comme cette volonté est la volonté générale, elle incarne la souveraineté. Tous ces postulats sont passés directement du *Contrat social* dans les textes constitutionnels de l'époque révolutionnaire. Du fait de la concordance entre la volonté générale et la souveraineté, il résulte que la souveraineté est inaliénable et indivisible. « Je dis donc, déclare Rousseau, que la souveraineté n'étant que l'exercice de la volonté générale ne peut jamais s'aliéner et que le souverain qui n'est qu'un être collectif ne peut être représenté que par lui-même, le pouvoir peut bien se transmettre mais non la volonté » (1). D'où c'est au peuple seul qu'il appartient de faire la loi. Sans doute, alors que pour Rousseau, le gouvernement n'est point le représentant de la souveraineté nationale, les constitutions révolutionnaires admettent que la souveraineté peut être déléguée, car les autorités

(1) *Contrat social*, livr. III, chap. 1.

qui sont appelées à bénéficier de cette délégation sont toujours responsables devant le peuple souverain. Mais il n'en demeure pas moins que la nation est le seul titulaire de la souveraineté et que, jouissant de tous les attributs de la personnalité, elle est distincte de l'Etat : distincte parce qu'antérieure à lui.

L'Etat ne peut exister que parce que la nation elle-même existe, par conséquent c'est à la nation qu'il appartient de fonder l'Etat; il ne prendra de réalité que lorsque la nation, par la création d'autorités représentatives, aura délégué à certains individus le pouvoir de dégager et d'exprimer la volonté générale de la collectivité. D'où il suit que chaque fois qu'il y aura lieu de changer les règles constitutives de l'Etat, c'est à la personne nation qu'il appartiendra de décider dans quel sens se feront les modifications constitutionnelles. Ainsi la revision de la constitution implique nécessairement l'intervention d'une volonté extérieure à l'ordre juridique.

Certes, les auteurs de nos différentes constitutions se sont bien rendus compte du danger que présentait une semblable conception de la revision. Ils ont introduit dans les constitutions une disposition relative aux modifications constitutionnelles et par là semblaient enfermer la revision dans la stricte observation des règles juridiques. Mais en même temps, pénétrés de l'idée que le changement de la constitution ressort, au premier chef, d'une décision de la volonté générale, ils ont attribué à l'autorité chargée de la revision les caractères qu'ils concevaient comme étant ceux de la volonté générale. Un tel compromis était si peu durable que dans cette autorité ayant compétence pour procéder aux modifications constitutionnelles, ce n'est

pas le caractère juridique de subordination à l'ordre établi qui l'a emporté, c'est le caractère extra-juridique d'indépendance constituante : les constitutions n'ont pas été modifiées suivant la procédure qu'elles prévoyaient mais abolies et remplacées à la suite d'une activité révolutionnaire.

De cette interprétation de la conception philosophique de la souveraineté du peuple et de la théorie juridique de la revision des lois constitutionnelles, le concept juridique sortait nécessairement amoindri, car l'esprit de l'homme se laisse plus facilement entraîner par des intuitions philosophiques même déguisées en droits naturels que par le processus rigoureux de la logique juridique. Bien qu'ils eussent donné à cette puissance constituante de fait qu'ils consacraient, la qualification de pouvoir, les hommes de la Révolution et à leur suite la doctrine traditionnelle ne sont point parvenu à la faire rentrer dans l'ordre juridique. En effet, alors que selon les idées révolutionnaires le pouvoir constituant est caractérisé par son origine extérieure à la constitution, le pouvoir au sens juridique du terme ne peut être conçu qu'à l'intérieur des règles constitutives de l'Etat. Pour Sieyès ou pour Rousseau le pouvoir constituant appartient à la nation considérée comme antérieure à l'Etat et si elle délègue ce pouvoir à un organe constitué, elle le délègue avec tous les caractères qu'il tient de la qualité spéciale de la volonté du délégant : même exercé par une autorité étatique ce sera un pouvoir primaire, initial et inconditionné, au même titre que si c'était la nation elle-même qui l'exerçait pour établir sa première constitution.

Combien différent est le pouvoir de revision, tel qu'il apparaît dans le cadre de l'organisation juri-

dique, avec des caractères identiques à ceux que présentent les autres pouvoirs étatiques, c'est ce qu'il nous faut maintenant examiner en montrant qu'il n'est pas nécessaire de faire appel au concept de la souveraineté nationale pour justifier la force supérieure qui est attachée à l'exercice de ce pouvoir.

§ 2. — *Le pouvoir de revision envisagé par rapport à la hiérarchie des normes étatiques.*

Dans le système de normes initial qui, une fois posé, constitue l'Etat, il existe à côté des règles précisant la condition des individus, un ensemble de règles qui opèrent un partage de compétence en déterminant à quels organes il appartiendra de remplir les différentes fonctions étatiques, c'est-à-dire de développer, conformément à l'intérêt de la collectivité nationale, la règle générale dont l'établissement a entraîné la création de l'Etat.

Parmi ces règles, un certain nombre sont relatives aux modifications qu'il conviendra éventuellement d'apporter à la constitution en vigueur; elles prévoient, d'une part, à quelle autorité il incombera de demander et de parfaire la revision, et, d'autre part, dans quelles conditions la procédure de revision sera poursuivie. En effet, la constitution prévoit généralement, à côté de la législation ordinaire, une législation constitutionnelle soumise à des règles spéciales; la confection des lois constitutionnelles est alors soumise à des règles différentes de celles qui régissent la création des lois ordinaires. On dit alors que l'organe chargé de modifier ou de remplacer la constitution est

investi du pouvoir de revision. Ce pouvoir, des manifestations duquel dépendent toutes les autorités étatiques, a sans doute une importance considérable; il représente, à côté de l'ordre normatif en vigueur, la possibilité d'un ordre différent. Mais faut-il en déduire que ce pouvoir est d'une autre nature que ceux qui sont exercés dans l'Etat ? Et sinon, comment expliquer la force supérieure qui s'attache aux dispositions de la législation constitutionnelle ? C'est ce que les développements qui vont suivre se proposent d'examiner.

I. — *Que le pouvoir de revision n'est pas d'une autre nature que celui que mettent en œuvre les diverses autorités étatiques.*

Si la règle générale initiale a été posée par un seul individu, de telle sorte que celui-ci s'est réservé à lui seul le droit de la changer, l'ensemble du peuple est vis-à-vis d'elle sans droit; elle pourra être abrogée ou modifiée par l'autorité dont elle émane. Les individus, dont cette autorité toute puissante est contrainte d'utiliser les services pour la législation ou l'administration, ont bien un rôle dans la formation de la volonté étatique, mais ils ne le remplissent qu'en vertu d'une compétence, non par l'exercice d'un droit qui leur serait propre. La collectivité n'aura aucune part à la création du droit et la constitution pourra être révisée par une décision unilatérale de son auteur.

Si, au contraire, écartant le cas d'un Etat autocratique, la règle fondamentale a prévu la participation à son développement de ceux-là même qu'elle oblige, le peuple a le droit de collaborer à la formation du droit. Si cette collaboration se fait d'une façon immédiate à l'intérieur d'une assemblée populaire où

chaque individu a le droit de parler et de voter, on se trouve en face d'une démocratie directe. Si c'est une assemblée de représentants élus par le peuple qui fait la loi, l'intervention de la collectivité est médiate; il y a alors démocratie indirecte, parlementaire ou représentative.

Mais qu'il s'agisse d'une démocratie directe ou d'une démocratie indirecte, chaque individu est titulaire du droit de participer à la formation de la volonté étatique. C'est ce droit que l'on qualifie de droit politique, et une des manifestations essentielles en est, sans contredit, la participation aux modifications de la constitution.

De ce que le peuple a un droit de décision touchant les changements de l'acte constitutionnel il résulte que, dans une démocratie indirecte telle que celle qu'ont établie les lois constitutionnelles de 1875, son représentant, l'organe chargé de la fonction de revision, appartient à la catégorie que nous avons appelée organe-pouvoir, c'est-à-dire que cet organe est, non seulement investi d'une compétence en vue de procéder à la revision mais encore titulaire d'un droit subjectif à collaborer à cette opération. On comprend après ce que nous avons dit plus haut sur la nature de ce droit subjectif, que ce pouvoir de l'organe de revision, loin d'être considéré, comme le faisaient les disciples de Rousseau, au point de vue de son origine populaire extérieure à l'Etat, doit être envisagé comme un pouvoir dont les décisions sont rapportées à l'Etat, centre de convergences de toutes les activités individuelles qualifiées étatiques par leur imputation à ce centre unique.

Ainsi il n'y a pas de solution de continuité dans

l'ordre juridique. L'individu est libre de nommer tel ou tel représentant et ces représentants érigés au rang d'organes par la constitution sont libres de la modifier dans un sens ou dans un autre. Mais, d'une part, leur liberté doit se restreindre aux conditions de procédure mises à son exercice et, d'autre part elle n'est efficace que parce que l'Etat fera siennes les décisions qui en résulteront. En un mot l'indépendance constituante n'existe pas basée sur la notion de souveraineté populaire, elle ne prend de valeur que dans le cadre de l'ordre normatif en vigueur. L'organe de revision lorsqu'il exerce son droit à collaborer à la refonte de la constitution n'utilise pas un droit naturel tiré de la toute puissance de la souveraineté populaire, il ne fait que mettre en œuvre l'ordre juridique pré-existant mis à la disposition pour la satisfaction des besoins de la collectivité.

En exerçant le pouvoir qui lui est reconnu de participer à la formation de la volonté étatique, ce n'est pas à titre d'acte autonome que l'organe prend une décision, c'est en tant que personnification partielle de la puissance d'Etat, car du moment où elle détermine une activité étatique, la volonté de l'organe ne doit plus être considérée comme une volonté indépendante et individuelle, mais comme la volonté de l'Etat. Ainsi que le fait remarquer Laband « le sujet de la puissance d'Etat c'est l'Etat lui-même. Tout ce que l'on a pu obtenir par la personnification de l'Etat pour la construction juridique et le développement scientifique du droit public, on le sacrifie de nouveau en désignant le monarque, le peuple ou qui que ce soit comme étant le sujet de la puissance d'Etat, le souverain proprement dit. On enlève en effet ainsi à

l'Etat ce qui précisément fait de lui une personne au sens juridique, à savoir la propriété d'être sujet de droit; on fait de lui l'objet d'un droit étranger, ou bien on le dissout en un agrégat de droits revenant à un homme ou à une pluralité d'hommes » (1).

(1) Laband, *Droit public de l'Empire allemand*, t. I, p. 158 et suiv. Il ne faut cependant pas conclure, comme le fait Laband (*op. cit.*, t. I, p. 239), qu'il n'existe aucun droit public subjectif. Pour Laband, les privilèges dont jouissent les nationaux par rapport aux étrangers, sont simplement la négation des charges et des limitations auxquelles sont soumis les étrangers. Notre auteur prétend que ces droits, qu'on appelle droits de liberté ou droits fondamentaux n'ont pas de contenu positif; ce sont, dit-il, « des règles que se donne à elle-même la puissance d'Etat; ils constituent des barrières limitant les pouvoirs des autorités; ils assurent au particulier sa naturelle liberté d'action dans un cercle déterminé, mais ils ne fondent pas des droits subjectifs de citoyens d'Etat. Ce ne sont pas des droits, car ils n'ont pas d'objet. » (On pourrait rapprocher de celle de Laband, l'opinion de Kelsen. *Op. cit.*, p. 46 et suiv.)

Il nous semble que cette manière d'envisager les privilèges dont jouissent les individus sous l'empire d'une organisation étatique est peu conforme à la réalité. En effet, on ne peut pas dire que lorsque l'Etat s'impose à lui-même des entraves vis-à-vis de l'activité des citoyens, il ne fait qu'affranchir la liberté. Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait qu'il y ait en quelque sorte des trous dans l'organisation juridique; il faudrait admettre l'existence d'une liberté naturelle et imprécise se révélant chaque fois qu'une réglementation fait défaut. Or, Laband admet que l'Etat se donne des règles de droit objectif. Mais à ces règles correspond chez les individus le droit de les invoquer et par là nous revenons à notre conception du droit subjectif envisagé comme l'aspect individuel du droit objectif.

Il faut d'ailleurs observer que l'argumentation de Laband conserve toute sa valeur du moment où l'on caractérise le droit subjectif comme le fait la doctrine traditionnelle, c'est-à-dire comme la puissance spéciale d'une volonté qui fait qu'elle peut s'imposer comme telle à d'autres volontés. Dans ces conditions, il est bien évident, ainsi que le fait ressortir

Ainsi, en présentant le pouvoir de revision comme une application des normes étatiques, en rapportant à l'Etat la décision de l'organe quant au sens selon lequel la constitution sera modifiée on respecte l'unité de l'ordre juridique; on n'y introduit point d'éléments hétérogènes tels que le concept de souveraineté populaire. Le pouvoir de revision apparaît comme une manifestation particulière de la puissance étatique, et on peut en résumer la mise en œuvre dans les trois éléments suivants :

1° Un individu a d'une part le pouvoir d'émettre une décision relativement à la modification de l'acte constitutionnel et, d'autre part, la compétence pour le faire;

2° Cette décision est émise dans le cadre d'un système organisé qui permet de la détacher de l'individu dont elle émane pour la rapporter à l'ordre juridique lui-même, c'est-à-dire à l'Etat;

3° Cette même décision étant ainsi imputée à l'Etat vaudra comme règle générale et viendra s'insérer dans le système des normes initiales à la place de celle qu'elle modifie.

Si au contraire on sépare l'analyse du pouvoir de revision de la conception de l'Etat ordre normatif, on est contraint d'adopter le point de vue extra juridique qui donne à la fonction revisionniste le support d'une volonté autonome extérieure à l'Etat et fait appel au fait brutal d'une force inconditionnée là où ne doivent intervenir que des rapports de droit.

Kelsen (*Op. cit.*, p. 47), que « ce qui est soustrait au droit n'est pas du droit; « la liberté » qui consiste à échapper aux prises des règles de droit est un concept juridique purement négatif ».

II. — *Mais alors comment expliquer la force supérieure qui s'attache aux dispositions de la législation constitutionnelle ?*

De la conception de la souveraineté nationale telle qu'elle s'est établie à l'époque révolutionnaire est sortie la distinction du pouvoir législatif et du pouvoir constituant. Les rédacteurs des constitutions révolutionnaires ont d'abord écarté la thèse de Sieyès selon laquelle l'établissement d'une constitution était un renouvellement du pacte social intervenant entre tous les membres de la nation, ce qui revenait à dire que la constitution en vigueur ne lie que les gouvernants mais non le corps national lui-même, libre de changer la constitution quand et comment cela lui semblait bon. Selon la doctrine généralement admise, si la constitution n'a pas pour effet de fonder l'Etat, elle a du moins un objet spécial qui est de l'organiser, c'est-à-dire de répartir les fonctions entre les diverses autorités étatiques, en réglant le jeu de leur relation réciproque et en limitant leur puissance vis-à-vis des membres de la collectivité nationale.

Cette définition est d'ordre purement matériel puisqu'elle conduit à déterminer la notion de constitution par l'objet que l'on prétend réserver à la législation constitutionnelle. D'après cette doctrine l'institution des constitutions est justifiée par la nécessité qui provient de ce que tout, dans l'Etat, doit se passer en vertu d'un ordre juridique et conformément à cet ordre préétabli. En particulier les autorités publiques ne peuvent point se conférer à elles-mêmes leur propre puissance, il faut qu'elle la tiennent d'un statut supérieur qui les investira d'une compétence et en fixera l'étendue. La supériorité de la loi constitutionnelle

résulte dès lors du fait qu'avant que puisse être édictée une loi ordinaire il faut qu'au préalable soit intervenue une loi initiale qui crée le législateur lui-même en lui conférant son pouvoir de législation. La force supérieure qui s'attache à la législation constitutionnelle provient donc de ce que rien dans l'Etat ne saurait exister sans la préexistence de la constitution.

Cette argumentation en apparence irréfutable ne résiste cependant pas à un examen sérieux. En premier lieu, en effet, cette définition matérielle de la constitution, ainsi que le fait justement remarquer M. Carré de Malberg, ne se concilie nullement avec les réalités juridiques de notre droit constitutionnel positif. La constitution de 1875, si brève, est bien loin de régler tout ce qui se rapporte à l'organisation des pouvoirs et aux relations des autorités entre elles. Il suffit, pour se rendre compte de cette évidence, de se rappeler que c'est une loi ordinaire, la « loi organique sur l'élection des députés » du 30 novembre 1875 qui fixe le statut de la Chambre des députés; de même la loi du 14 août 1884 ayant déconstitutionnalisé les textes de 1875 relatifs au recrutement du Sénat, c'est une loi ordinaire, la loi du 9 décembre 1884, qui forme la Charte organique du Sénat. Ainsi ce n'est pas dans l'objet des dispositions constitutionnelles que l'on doit chercher le critérium de la constitution, sa supériorité ne tient nullement aux matières qu'elle traite.

Enfin, ce qui fait apparaître plus nettement encore l'inexactitude de la conception matérielle de la constitution c'est l'argument qu'on invoque en sa faveur et qui, bien plus qu'un simple argument, apparaît comme la base de toute la théorie. Dans un pays comme le nôtre, dit-on attaché à un principe de souverai-

neté exclusive de la collectivité nationale, les autorités publiques exercent leurs attributions non comme un pouvoir originaire, inné en elles, mais comme une compétence octroyée qu'elles mettent en œuvre au nom et pour le compte de la nation, seule titulaire du pouvoir souverain. Toute compétence présuppose une concession; cet octroi résulte de l'acte constitutionnel qui apparaît par là supérieur aux décisions des autorités étatiques. Du moment que dans un Etat démocratique le corps des citoyens est considéré comme le titulaire de la souveraineté, c'est de lui que les autorités étatiques doivent tenir les pouvoirs dont elles sont investies. Par conséquent la puissance renforcée qui s'attache aux dispositions de la législation constitutionnelle résulte de la qualité de leur auteur. La différence d'essence que l'on veut relever entre les lois ordinaires et les lois constitutionnelles viendrait de ce que les lois ordinaires sont l'œuvre d'une autorité qui ne tient son pouvoir que de la concession d'une puissance suprême, alors que la constitution est l'œuvre initiale et inconditionnée d'une autorité indépendante.

Cette distinction présente sans doute un grand intérêt philosophique mais elle est impuissante à apporter une solution juridique au problème qui nous occupe puisqu'elle fait intervenir au moins un élément qui par hypothèse est extérieur au droit.

En réalité la puissance supérieure qui, s'attachant à la législation constitutionnelle, est mise en œuvre par le pouvoir constituant, ne peut être justifiée juridiquement que si on la situe dans le cadre de l'ordre normatif qui constitue l'Etat. En effet, selon l'observation de M. Kelsen, « si l'on envisage l'Etat comme un

ordre juridique, on doit pouvoir poser et résoudre tous les problèmes de la théorie générale de l'Etat de ce point de vue unique... et par suite les solutions qu'on en donne se présentent comme un système harmonieux et achevé. » Nous sommes ici en présence d'un problème relatif à la création du droit, faire intervenir les formes politiques selon lesquelles il est résolu, c'est prendre pour une solution ce qui n'est qu'une méthode d'application de la solution.

Le principe de la puissance mise en œuvre par l'organe de revision réside dans sa connexion directe avec la règle fondamentale. L'ordre qui institue une autorité compétente pour édicter une règle prévoit, entre la règle initiale ou constitution et l'autorité investie d'une certaine fonction, un certain nombre de règles s'enchaînant les unes aux autres pour aboutir à celle que l'autorité dont il s'agit aura à appliquer. Au contraire l'autorité investie du pouvoir de revision n'est séparée de la règle générale par aucun règle secondaire. La norme fondamentale suprême institue l'organe législateur suprême. Ainsi, à côté des règles contenues dans la constitution, au même plan qu'elles, se trouve l'organe qui a qualité pour les modifier, de telle sorte que la règle fondamentale et l'autorité prévue pour sa revision participent à la même puissance dont la supériorité résulte du fait que dans la hiérarchie des normes étatiques, elles sont toutes deux un aspect de l'ordre suprême. Non qu'il faille en déduire que l'ordre normatif fondamental ne soit pas unique : son unité est au contraire réelle, et elle apparaît dans ce système harmonieux qui présente à la fois la règle générale sous son aspect statique et sous son aspect dynamique, ce dernier se manifes-

tant dans l'organe chargé de la revision, par la possibilité d'une règle fondamentale nouvelle.

Le droit offre le caractère de régler sa propre création; mais alors que toutes les règles juridiques sont posées en application d'une règle antérieure et par conséquent dépendent d'elle, la constitution correspond à un système de normes qui ne se déduisent d'aucune autre, et le pouvoir de revision, subordonné quant à sa compétence à la règle initiale, tire sa puissance spéciale du fait que la règle qu'il pose n'est subordonnée à aucune autre. Cette analyse est, sans doute un peu subtile, mais elle nous semble répondre à la réalité juridique telle qu'elle apparaît lors d'une revision de la constitution. Dans cette opération nous voyons en effet, d'une part, que la résolution par laquelle on décide que la constitution doit être révisée est prise par l'organe compétent pour cela, mais, d'autre part, que la disposition constitutionnelle nouvelle, résultant de la revision, ne s'analyse pas dans l'application d'une norme préétablie : le contenu de la nouvelle loi constitutionnelle ne se déduit point de celui de la constitution que l'on modifie; il jouit de la même validité sans lui être subordonné. Un tel résultat s'explique par l'opération elle-même qu'il s'agit de réaliser : le remplacement d'une règle initiale, par une autre règle initiale, non la subordination d'une règle nouvelle à une règle antérieure.

Que l'on n'objecte pas que la revision échappe ainsi à l'ordre statutaire préétabli; elle lui est, au contraire, intimement solidaire puisqu'en même temps que les normes fondamentales constitutives de l'Etat, cet ordre a institué l'organe chargé d'en modifier éventuellement la teneur. Et, d'autre part, la puis-

sance déployée par cet organe n'est pas extérieure à l'ordre étatique, elle y trouve son fondement au même titre que les règles fondamentales y puisent leur validité. Que si cette puissance est indépendante de toute règle antérieure, elle n'en vaut pas moins comme puissance étatique puisqu'elle émane d'un organe dont l'activité doit être imputée à l'Etat. En outre, la force obligatoire d'une règle est identique à celle des décisions de l'autorité qui a compétence pour la modifier, or, de même que la norme suprême appartient à l'ordre étatique quoique n'étant subordonnée à aucune règle antérieure, de même le pouvoir de la modifier rentre dans l'ordre statutaire pré-établi bien que ne dépendant d'aucun pouvoir supérieur.

On peut donc conclure que la force particulière mise en œuvre par l'organe chargé de la revision des lois constitutionnelles vient de ce que le pouvoir de cet organe ne peut se manifester qu'à l'origine même du droit, sans qu'entre lui et la norme initiale il y ait place pour des règles intermédiaires. La revision ne se présente pas, par rapport à la constitution, comme une étape dans la création du Droit ; elle implique à l'intérieur du système des normes étatiques fondamentales, l'institution de l'organe initial de création du Droit. Dès lors, étant donné que les décisions de l'autorité qui a compétence pour modifier une règle ont la même force obligatoire que celle qui résulte de la règle qu'elles peuvent remplacer, la puissance de l'organe de revision est donc, en définitive, la même que celle de la norme fondamentale qu'il peut modifier, c'est-à-dire la puissance étatique suprême.

CHAPITRE TROISIEME

DE LA SPÉCIALITÉ DE L'ORGANE CONSTITUANT
DANS LES CONSTITUTIONS FRANÇAISES ANTÉRIEURES A 1875.

ABANDON DE CE PRINCIPE
PAR NOS LOIS CONSTITUTIONNELLES ACTUELLES.

CHAPITRE TROISIEME

DE LA SPÉCIALITÉ DE L'ORGANE CONSTITUANT
DANS LES CONSTITUTIONS FRANÇAISES ANTÉRIEURES A 1875.

ABANDON DE CE PRINCIPE
PAR NOS LOIS CONSTITUTIONNELLES ACTUELLES.

Après avoir précisé quelle est, selon nous, la véritable nature du pouvoir de revision et montré qu'au même titre que les autres pouvoirs étatiques on ne peut le concevoir juridiquement que comme l'interprète d'une volonté intérieure à l'ordre juridique, il convient d'examiner maintenant comment nos constitutions ont organisé l'exercice de ce pouvoir. Toutefois, l'exposé qui va suivre n'a pas la prétention de former un historique complet; aussi bien une pareille étude maintes fois et parfaitement tracée, n'est plus à faire. Nous voudrions seulement, à la lumière des solutions admises par nos différentes constitutions, faire ressortir la concordance entre la conception du pouvoir de revision telle que nous l'avons exposée et l'organisation positive de celui-ci.

Malgré la persistance de la conception du pouvoir de revision telle qu'elle a été critiquée au cours des chapitres précédents, les auteurs des Constitutions qui se sont succédées depuis 1789 ont dû faire passer leurs préférences philosophiques après les nécessités d'une organisation juridique stable. C'est pourquoi, sous l'empire de considérations pratiques, ils

ont établi, pour l'exercice de la fonction de revision, des règles telles que l'autorité qui en est chargée apparaît comme subordonnée à l'ordre juridique en vigueur. C'est pourquoi ne pouvant trouver dans l'activité de l'organe de revision ni dans l'origine de sa puissance la justification de leur théorie d'un pouvoir constituant autonome et inconditionné, ils ont été amenés à voir une manifestation de ces caractères dans la séparation du pouvoir de revision et des pouvoirs constitués.

En réalité, les combinaisons prévues par les Constitutions antérieures à 1875 pour l'exercice du pouvoir de revision n'ont fait qu'établir et encore d'une façon bien imparfaite, la spécialité de l'organe de revision. Or, du moment où nous nous refusons à voir dans la fonction qui consiste à modifier les lois constitutionnelles une activité d'une nature différente de celles qui concourent à remplir les diverses fonctions de l'Etat, la spécialité de l'organe de revision ne nous apparaît pas comme inséparable de la notion du pouvoir de revision. Au contraire, la doctrine traditionnelle, interprétant la remise de la fonction de revision à une autorité spéciale comme la traduction nécessaire de la nature particulière de la volonté mise en œuvre lors d'une revision, s'est efforcée de prouver que, même d'après le Droit positif actuel résultant des lois de 1875, le droit de modifier la constitution appartient à une autorité différente de celle qui a compétence pour la création de la législation ordinaire. Or, nous espérons montrer dans la suite que la spécialité de l'organe de revision disparaît totalement en 1875. Les auteurs qui se prononcent pour la doctrine traditionnelle du pouvoir

constituant sont alors obligés ou bien de faire revivre cette spécialité par une fiction, ou bien de condamner notre organisation constitutionnelle au nom de prétendus principes de notre Droit public.

Ce chapitre sera divisé en deux sections. Dans la première nous passerons rapidement en revue les Constitutions qui se sont succédées depuis la Révolution jusqu'à 1875 et nous verrons comment les dispositions qu'elles édictent sont un compromis entre le concept révolutionnaire de la souveraineté populaire et la nécessité d'une organisation étatique stable. Dans la seconde section, nous étudierons la procédure de revision établie par la loi du 25 février 1875, uniquement au point de vue de ses rapports avec la doctrine de la spécialité de l'organe constituant; nous essaierons de montrer que notre Droit positif se libérant du compromis que la tradition lui imposait, a légitimement placé le pouvoir de revision au rang qui lui était dû et que, répudiant l'idée d'après laquelle il était d'une nature spéciale parmi les autres autorités étatiques, nos institutions n'ont pas cru nécessaire d'en remettre l'exercice à un organe particulier.

SECTION PREMIÈRE

La spécialité de l'organe constituant dans les Constitutions antérieures à 1875.

La plupart des Constitutions françaises antérieures à celle de 1875 furent, avons-nous dit, dominées

par le principe de la séparation du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués. Sans doute, ce principe ne fut-il pas aussi absolu que certains se sont plus à l'affirmer. Il en a été de la séparation du pouvoir constituant comme du principe de la souveraineté populaire. De même que les hommes de la Révolution, après avoir proclamé que la souveraineté appartenait à la nation, ont refusé aux citoyens pris individuellement le droit de participer à son exercice, de même, après avoir, dans des déclarations de principes, affirmé leur attachement à la séparation du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, ils ne l'ont mis en œuvre que d'une façon imparfaite.

Contrairement à la solution adoptée aux Etats-Unis, la séparation fut orientée dans le sens de la prépondérance du corps législatif et il faut convenir que cette organisation contenait en germe l'hégémonie parlementaire telle qu'elle résulte de nos lois de 1875. Cependant, par l'institution des Constituantes, la constitution n'était pas l'œuvre des pouvoirs constitués mais bien un organe spécial. Essentiellement différentes des assemblées législatives ordinaires quant à leur composition, quant à leur objet et quant au pouvoir qu'elles ont reçu du peuple, les Constituantes confirmaient, du moins en apparence, la spécialité de l'organe de revision. C'en est assez pour qu'on puisse parler, à cette époque, d'une séparation du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, imparfaite peut-être si on la compare à celle établie en Amérique, mais réelle cependant.

D'après l'article 3 de la Déclaration des Droits de 1789, « le principe de toute souveraineté réside essen-

tiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ». De même, l'article premier du préambule de la Constitution de 1791 déclare « qu'aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté qui appartient à la Nation ». Ces textes marquent nettement l'impossibilité, pour tout organe constitué d'être en même temps organe constituant. On a considéré que le droit de transformer la constitution partiellement ou dans sa totalité était l'attribut de la souveraineté dont ne pouvait se parer un pouvoir représentatif ordinaire. Pour exercer l'une des fonctions de la souveraineté, les individus ou les corps devaient avoir reçu leur puissance de l'intervention de la nation elle-même, soit par voie de consultation directe, soit par l'intermédiaire de représentants spéciaux. Ce procédé de révision était inspiré par le désir d'établir des pouvoirs législatif et exécutif dont l'action fut circonscrite par l'impossibilité où ils se trouveraient de modifier eux-mêmes les textes, sources de leur force et raison de leur limite. Du principe de la souveraineté nationale ainsi conçue résultait logiquement la distinction entre pouvoir constituant et organes constitués.

Il importe cependant de remarquer que les Constitutions de 1791, de l'an III et de 1848 n'assuraient la séparation que d'une façon imparfaite. En effet, étant donné que l'initiative des revisions constitutionnelles est réservée au corps législatif lui-même, c'est de lui qu'en définitive dépend le sort de la constitution. Les autorités constituées autres que le corps législatif pouvaient voir leur situation mise en péril par une intervention du législateur alors que l'As-

semblée législative elle-même était maîtresse de ses pouvoirs puisque personne ne pouvait demander contre elle une revision. De plus, ce système était contraire au principe de la souveraineté nationale car, du moment que l'on soutenait que la nation avait le droit de changer sa constitution, il était illogique de subordonner la volonté de la nation à celle du corps législatif.

Cependant même ainsi affaiblie, la séparation du pouvoir constituant subsistait, car l'organe législatif n'était pas absolument maître de sa compétence ; sans doute, on ne pouvait y toucher qu'avec son consentement, mais il ne pouvait pas l'étendre à son gré, ni limiter la puissance des autres organes constitués. L'obligation de procéder soit à l'élection d'une assemblée spéciale, soit à une ratification populaire suffisait pour assurer une réalité effective à la séparation des organes constitués et du pouvoir constituant. D'ailleurs, les législateurs constituants qui ont respecté cette distinction ont usé de procédés différents pour la mettre en œuvre. Les uns, restant fidèles aux principes représentatifs, ont prévu pour la revision des assemblées spéciales élues par la nation et chargées de délibérer et de statuer souverainement. Ainsi, au-dessus des assemblées législatives auxquelles appartenait le droit de demander la revision, ou plaçait des constituantes qui devaient disparaître aussitôt la revision accomplie. C'est à cette conception que se rattachent les constitutions de 1791 et 1848. D'autres constitutions, au contraire, décident que l'intervention directe du peuple est nécessaire et lui réservent le droit de consacrer ou d'infirmer par un vote formel la revision élaborée par

ses représentants; cette conception est celle à laquelle devaient se rallier les Constitutions de 1793 et de l'an III.

§ 1^{er}. — *Revision par une assemblée constituante* (1)

I. — D'après la Constitution de 1791, titre VII, lorsqu'un vœu de revision a été émis par trois législatures, « la quatrième législature, augmentée de 249 membres... formera l'assemblée de revision » (art. 5). Le roi n'ayant pas l'initiative des lois ordinaires, ne reçut pas davantage celle de la revision; en outre, le droit de veto suspensif qu'il possédait en matière de législation lui fut retiré en matière constitutionnelle. Il pouvait seulement inviter l'assemblée à prendre certaines matières en considération. Ce refus de l'initiative au roi fut décidé après rejet d'un premier projet du comité de rédaction de la Constitution qui partageait l'initiative de la revision entre les citoyens, l'assemblée législative et le roi. « L'assemblée était appelée à donner son avis sur les pétitions formées d'une façon uniforme par la majorité des citoyens. Ce vœu de l'assemblée était soumis à la sanction du roi, — mais on se passait de la sanction lorsque le vœu avait été rejeté par trois législatures » (2). D'autre part, le roi pouvait directement soumettre au corps législatif une proposition de revision. Ce projet ayant été repoussé, ce fut l'organe législatif qui eut le monopole de l'initiative.

(1) Sur le droit de revision devant l'Assemblée constituante, voir l'exposé historique de Laboulaye, *Questions constitutionnelles*, p. 163 et suiv.

(2) Arnould, *De la revision des constitutions*, p. 42.

Cependant, l'assemblée cru ne pas devoir abandonner le soin d'accomplir la revision au pouvoir législatif ordinaire. C'est bien à une quatrième législature qu'il appartiendra de modifier la Constitution, mais elle sera augmentée pour la circonstance de 249 membres. « Ces 249 membres seront élus après que la nomination des représentants au corps législatif aura été terminée » (titre VII, art. 5). L'inégibilité des membres de la troisième législature à l'assemblée de revision devait, dans l'esprit des auteurs de la Constitution, marquer la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif ordinaire. Mais, ainsi que le souligne M. Arnoult, cette disposition manquait son but; d'une part, en effet, les membres des deux premières législatures pouvaient être nommés à l'assemblée de revision et, d'autre part, « l'adjonction des 249 membres supplémentaires ne devait pas sensiblement modifier sa composition. Elus immédiatement après les membres de la quatrième législature et par les mêmes électeurs, ces 249 membres devaient être animés à peu près du même esprit que les membres de la législature. Eussent-ils été tous hostiles à la revision proposée... il leur eut fallu, pour former une majorité dans l'assemblée de revision, réunir à leur manière de voir 249 membres de la législature » (1).

Ainsi, la première constitution positive de notre Droit, bien que proclamant la supériorité de l'organe constituant, n'est pas parvenue à le séparer nettement d'un pouvoir constitué : le législatif. La spécialité de l'autorité chargée de la revision, malgré l'institution d'une assemblée constituante se révèle incertaine et précaire.

(1) Arnoult. *Op. cit.*, p. 44.

II. — La Constitution de 1848 présente des analogies frappantes avec celle de 1791 (1). Comme leurs prédécesseurs de 1791, les constituants de 1848 se sont appliqués à rendre l'exercice du droit de revision extrêmement difficile. L'initiative de la revision appartient à la fois aux représentants et au président de la République par l'intermédiaire des ministres. Mais, sans doute par suite d'une réminiscence de l'organisation de 1791, la revision n'est possible que lorsque l'assemblée a émis un vœu en ce sens et ce vœu n'est possible que dans la dernière année de la législature. En outre, article 111, « le vœu exprimé par l'assemblée ne sera converti en résolution définitive qu'après trois délibérations consécutives, prises chacune à un mois d'intervalle, et aux trois quarts des suffrages exprimés. Le nombre des votants devra être de 500 au moins... » Si l'assemblée a émis un vœu qui satisfait à ces exigences draconiennes, la revision est possible, mais ce n'est pas l'assemblée législative qui en est chargée: une assemblée de revision « est nommée à cet effet ».

Ainsi l'organe investi de la fonction de revision est un organe spécial; le caractère apparaît doublement : d'une part, en effet, l'assemblée de revision n'est nommée que pour trois mois et, d'autre part, « elle ne devra s'occuper que de la revision pour laquelle elle aura été convoquée », sauf, en cas d'urgence, à pourvoir aux nécessités législatives. Cependant, cette spécialité parfaite de l'organe chargé de la revision ne devait pas avoir un effet heureux. Lorsqu'en juillet 1851, l'assemblée discuta sur la

(1) Bousquet de Florian. *De la revision des constitutions*, p. 44.

nécessité de modifier la Constitution de 1848, le projet ne réunit que 446 voix contre 278, majorité insuffisante qui ne comprenait pas les trois quarts des voix exigés par l'article 111. L'assemblée s'était dérobée devant le danger d'une assemblée constituante souveraine échappant à tout contrôle, c'est-à-dire, ainsi que l'a justement qualifiée M. de Bousquet de Florian, d'une assemblée révolutionnaire. Aussi, faute d'une procédure qui respectât moins le principe traditionnel de la supériorité du pouvoir constituant, la Constitution de 1848 était vouée à être supprimée par un fait brutal : le coup d'Etat du 2 décembre.

§ 2. — *Revision comportant une initiative
ou une ratification populaire.*

I. — *Constitution du 24 juin 1793.* — Le 21 septembre 1792, la Convention rendit, à l'unanimité, le décret suivant : « La Convention nationale déclare qu'il ne peut y avoir de constitution que lorsqu'elle est adoptée par le peuple. » C'était à la fois abroger la Constitution de 1791 et laisser entrevoir les bases sur lesquelles allait être édifiée la Constitution nouvelle.

Dans l'élaboration du système de revision qu'il s'agissait d'établir, deux idées dirigèrent le législateur de 1793. Et d'abord, répudiant la contradiction consacrée par la Constitution de 1791 entre le principe de la souveraineté nationale et les limites imposées à son exercice, il supprima toute subordination du peuple dans l'exercice de son droit de mo-

difier les lois constitutionnelles. Au lieu de résoudre la contradiction au profit de l'ordre juridique, les constituants de 1793 la tranchèrent en plaçant le pouvoir de revision en dehors des règles fondamentales de l'Etat. Dès lors, est-il besoin de dire que nous ne parlons, à propos de la Constitution de 1793, de pouvoir de revision que pour établir en quelque sorte une symétrie avec le paragraphe précédent; en réalité, du moment que le peuple reprend son indépendance à l'encontre de l'ordre étatique, le système dont il s'agit serait mieux qualifié de puissance constituante révolutionnaire.

La seconde idée directrice qui devait inspirer les auteurs de la Constitution de 1793, dérive immédiatement des théories de Rousseau. Ce sont elles, en effet, qui constituent le fond du rapport que Condorcet déposa au nom du comité de Constitution. Ce projet proclamait nettement le droit du peuple « de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération n'a pas le droit d'assujettir à ses lois les générations futures, et toute hérédité dans les fonctions est absurde et tyrannique » (1). C'est au peuple même que l'on s'en remet du soin de décider s'il faut provoquer une Convention pour modifier la Constitution. Tout citoyen dont la proposition est appuyée par cinquante signataires résidant dans l'arrondissement de l'assemblée primaire, peut requérir la convocation de celle-ci qui, si elle adopte la proposition qui lui est soumise, peut demander la convocation des assemblées primaires de la commune; lesquelles peuvent, à leur tour, provoquer la réunion des assemblées du département. Enfin, si

(1) Déclaration des droits, art. 23.

celles-ci sont d'avis qu'il y a lieu de délibérer sur la proposition, « l'administration du département adressera au corps législatif le résultat de leurs délibérations avec l'énonciation de la proposition qu'ils ont adoptée, et le requerra de prendre cet objet en considération ». Ainsi, dès que la majorité des assemblées primaires d'un seul département réclame la convocation d'une Convention nationale, c'est le devoir du corps législatif de consulter la nation. En cas de refus de sa part, le peuple a le droit de recouvrer sa souveraineté au moyen de l'insurrection (1).

L'initiative de la revision appartient également au corps législatif « plus à portée que les citoyens de sentir les vices de la Constitution ». Mais il a seulement le droit de proposer la convocation d'une Convention et cette proposition doit être approuvée par la majorité du peuple français.

La Convention nationale n'est pas, comme les Assemblées constituantes de 1791 ou de 1848, appelée à faire la revision. Son rôle se borne à présenter au peuple un projet de revision; en effet, « si le projet de réforme de la Constitution est rejeté, dans le courant des deux premiers mois qui suivront l'époque où le vœu du peuple aura été constaté, la Convention sera tenue de présenter aux suffrages des citoyens les questions sur lesquelles elle croira devoir connaître leur vœu. Le nouveau plan, formé d'après

(1) « Si la majorité désire une convention, l'assemblée des représentants sera obligée de l'indiquer. Le refus qu'elle ferait de convoquer les assemblées primaires est donc le seul cas où le droit d'insurrection puisse être légitimement employé... » Plan de constitution présenté à l'Assemblée nationale les 15 et 16 février 1793. A Paris, de l'imprimerie nationale, 1793. *Exposition des principes et des motifs*, p. 16.

l'expression de ce vœu, sera présenté à l'acceptation du peuple dans les mêmes formes. S'il est rejeté, la Convention nationale sera dissoute de plein droit, et le Corps législatif sera tenu de consulter sur le champ les assemblées primaires pour savoir s'il y a lieu à la convocation nouvelle » (1).

A la suite de l'insurrection du 31 mai, les Montagnards, maîtres de la Convention, déclarent non avenu le projet Girondin de Condorcet, et, huit jours plus tard, Hérault de Séchelles dépose, au nom du comité du Salut Public, le rapport d'où devait sortir la Constitution du 24 juin.

En ce qui concerne le droit de revision, la Constitution reproduit, à peu près dans les mêmes termes, la déclaration du premier projet relative au droit qu'a le peuple de modifier sa Constitution. « Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures » (2). Plus démocratique encore que le projet de Condorcet qui, du moins, partageait l'initiative de la revision entre le peuple et le corps législatif, la Constitution de 1793 réserve au peuple l'initiative de la revision à l'exclusion du corps législatif et du conseil exécutif. Quant à la procédure, elle était réglée par les articles 115, 116 et 117 de la façon suivante :

« Si, dans la moitié des départements plus un, le dixième des assemblées primaires de chacun d'eux, régulièrement formées, demande la revision de l'acte constitutionnel ou le changement de quelques-uns de ses articles, le corps législatif est tenu de convo-

(1) Constitution girondine de 1793, titre IX, art. 11, 12 et 13.

(2) Déclaration des droits, art. 28.

quer toutes les assemblées primaires de la République, pour savoir s'il y a lieu à une Convention nationale. La Convention nationale est formée de la même manière que les législatures et en réunit les pouvoirs. Elle ne s'occupe relativement à la Constitution que des objets qui ont motivé sa convocation. »

La hâte avec laquelle les auteurs de l'acte constitutionnel de 1793 votèrent ces textes, les empêcha de se prononcer sur la question de savoir si le peuple sera appelé à ratifier l'œuvre de la Convention. Mais étant donné qu'il possède ce droit vis-à-vis des lois ordinaires, on doit admettre qu'il le conserve pour les lois fondamentales (1).

La Constitution de 1793, que l'on doit considérer plus comme une déclaration de principes que comme la base d'une organisation étatique, ne devait jamais être appliquée. L'indépendance constituante de la masse des citoyens se révélait inconciliable avec la stabilité inhérente à un ordre juridique durable. Pour n'avoir pas voulu établir l'organisation du pouvoir de revision conformément à sa véritable nature, les hommes de la Convention condamnèrent leur œuvre à une mort brutale.

II. — *Constitution du 5 fructidor an III.* — En réaction contre le système de 1793 qui livrait la Constitution aux passions de la multitude, les auteurs de la Constitution de l'an III entourèrent la revision de difficultés telles qu'ils la rendirent encore plus malaisée que ne l'était celle de la Constitution de 1791.

(1) Cf. en ce sens de Bouquet de Florian. *Op. cit.*, p. 32; Arnould. *Op. cit.*, p. 66.

L'hypothèse de la revision fut admise sous une forme conditionnelle; en effet, aux termes de l'article 336, si l'expérience faisait sentir les inconvénients de quelques articles de la Constitution, le Conseil des Anciens en proposerait la revision. » Ainsi l'initiative n'appartient ni au peuple ni au pouvoir exécutif; elle est réservée à l'une seulement des assemblées qui composent le corps législatif au Conseil des Anciens. En outre, leur proposition, ratifiée par le Conseil des Cinq-Cents, devait être renouvelée à trois époques éloignées l'une de l'autre de trois mois au moins. Si ces conditions sont réunies, l'assemblée de revision est convoquée (1) et son rôle « se borne à la revision des seuls articles constitutionnels qui lui ont été désignés par le corps législatif ». Mais ce n'est pas cette assemblée qui accomplit définitivement la revision. Fidèles au principe d'après lequel il ne peut y avoir de constitution que celle qui est acceptée par le peuple, les conventionnels ont décrété (art. 343) que « tous les articles de la Constitution, sans exception, continuent à être en vigueur tant que les changements proposés par l'assemblée de revision n'ont pas été acceptés par le peuple ». Les assemblées primaires ne pouvant qu'adopter ou rejeter le projet en bloc, sans pouvoir l'amender, il devenait caduc du fait de son rejet par le peuple. Dans cette hypothèse, l'assemblée de revision était dis-

(1) Elle est formée de deux membres par département, élus de la même manière que les membres du corps législatif et réunissant les mêmes conditions que celles exigées pour le Conseil des Anciens. Comme la constitution de 1791, la constitution de l'an III déclare inéligibles à l'assemblée de revision, les citoyens membres du corps législatifs au moment où cette assemblée est convoquée.

soute et il fallait recommencer depuis le début la procédure de revision, c'est-à-dire qu'il fallait attendre au moins neuf ans avant qu'une nouvelle modification puisse être proposée.

Ce n'est pas ici le lieu de discuter la valeur du référendum institué par les textes de l'an III et aussi bien, ce n'est qu'une méthode politique de création de l'ordre juridique. Qu'il nous suffise de constater qu'il assurait imparfaitement la supériorité du pouvoir constituant comme il eût été logique de la réaliser en application du principe qui pose que la nation, étant souveraine, doit pouvoir rédiger ou modifier le pacte fondamental selon ses désirs. En effet, ainsi qu'on l'a maintes fois observé « la consultation populaire s'opère sur un fait accompli, par des questions mal posées ou mal comprises, qui ne laissent aux citoyens aucune faculté d'option, et constituent pour eux une sorte de carte forcée » (1). D'autre part le référendum réduit considérablement ce pouvoir constituant inaliénable qui est un des éléments essentiels du concept de la souveraineté nationale : la nation ne peut ni prendre part à l'élaboration de la revision, ni discuter la réforme, son droit se limite à une acceptation ou à un rejet en bloc du projet présenté. Toutefois, il faut reconnaître que le référendum sur des dispositions constitutionnelles a donné, dans d'autres pays, des résultats efficaces. Aux Etats-Unis par exemple, les chiffres montrent, d'une façon concluante, que le peuple ne s'est jamais cru tenu de donner son assentiment à des dispositions qu'il n'admettait pas (1). Cependant ce rôle de machine à accepter

(1) De Bouquet de Florian. *Op. cit.*, p. 39.

(1) A. Lawrence Lowell, *L'opinion publique et le gouvernement populaire*, Giard, 1924, p. 172 et suiv.

ou à refuser un texte semble difficilement conciliable avec le caractère du peuple français : si on l'appelle à l'œuvre constituante, il entend ne pas se borner à un contrôle passif, mais participer réellement à la rédaction des textes qu'il désire voir adopter.

§ 3. — *Les constitutions impériales.*

Les constitutions impériales ne parlent pas explicitement de la revision. Cette revision impliquant, selon les doctrines courantes et les exemples antérieurs, la reconnaissance de la souveraineté nationale, il est évident que l'empereur était peu porté à l'admettre. La constitution du 22 frimaire, an VIII, ne parle pas du pouvoir constituant car, selon M. Faustin-Hélie, « Napoléon... voulait le conserver pour le perfectionner et l'achever, sous réserve d'une nouvelle ratification de la nation » (2).

Cependant Napoléon comprit que c'était une erreur politique de passer ainsi sous silence un pouvoir à l'existence nominale duquel les esprits tenaient tant. Il adopta donc un système de revision suffisamment imprécis pour que la faculté de transformer la constitution fut exercée au gré des intérêts de l'empereur. La théorie impériale en matière de revision, telle qu'elle résulte des indications de quelques textes et des applications qui en furent faites, repose sur une distinction selon l'importance de l'œuvre qu'il s'agit d'accomplir.

S'il y a lieu de changer les règles essentielles de la constitution, on aura recours au plébiscite (§ 2 et 3 de

(2) Faustin Hélie, *Les constitutions de la France*, p. 602.

l'art. 54 du senatus consulte 16 thermidor, an X, rapproché des plébiscites de 1800, 1802, 1804 et 1815).

A côté du plébiscite fut institué un autre mode de revision dont la paternité revient à Sieyès qui, hanté par son idée d'un jury constitutionnaire, en trouva la forme toute préparée dans le Sénat, tel que l'organisait la constitution de l'an VIII. Napoléon, confiant dans la servilité des sénateurs qu'il nommait, approuva la proposition de Sieyès et le pouvoir de revision fut remis au Sénat. C'est en effet cette solution dont on trouve la consécration dans les attendus du senatus consulte du 15 nivôse an IX qui dispose que « dans le silence de la constitution et des lois... le désir et la volonté du peuple ne peuvent être exprimés que par l'autorité qu'il a spécialement chargé de conserver le pacte social et de maintenir ou d'annuler les actes favorables ou contraires à la Charte constitutionnelle; que d'après ce principe, le Sénat, interprète et gardien de cette Charte est le juge naturel de la mesure proposée... ». Ce rôle du Sénat est encore affirmé dans le Senatus consulte organique du 16 thermidor an X, dont l'art. 54, § 2 stipule que « le Sénat règle par un senatus consulte organique tout ce qui n'a pas été prévu par la constitution et qui est nécessaire à sa marche ».

Le 13 mars 1815, après le retour de l'île d'Elbe, une assemblée extraordinaire fut convoquée à l'effet de reviser les actes constitutionnels de 1789, 1802 et 1804, mais pressé par les événements, l'empereur fit la revision lui-même avec le concours du Conseil d'Etat; le résultat en fût l'Acte Additionnel. La nation conserve le pouvoir de modifier les bases essentielles de la constitution; le droit d'en reviser les détails devient

une attribution législative selon la procédure en usage pour la confection des lois ordinaires.

Ces deux procédés de revision, plébiscite et senatus consulte, se retrouvent dans l'organisation constitutionnelle du second Empire. En effet, aux termes de la constitution du 14 janvier 1852 (art. 27 et 31) « le Sénat règle par un senatus consulte tout ce qui n'a pas été prévu par la constitution et est nécessaire à sa marche. Le Sénat peut également proposer des modifications à la constitution. Si la proposition est adoptée par le pouvoir exécutif, il est statué par un senatus consulte ». Quant au plébiscite nous le retrouvons dans les mêmes conditions que sous le premier empire; nous lisons dans l'art 32 : « néanmoins sera soumise au suffrage universel toute modification aux bases fondamentales de la constitution, telles qu'elles ont été posées dans la proclamation du 2 décembre 1851 et adoptées par le peuple français ». Le 18 juillet 1866, un senatus consulte rappelle encore le pouvoir constituant du Sénat (art. 1^{er}) « la constitution ne peut être discutée par aucun pouvoir public autre que le Sénat procédant dans les formes qu'il détermine... ». Sans doute sous l'empire libéral, l'exercice du pouvoir de revision fut enlevé au Sénat pour être attribué tout entier au peuple (1), mais le fait que l'initiative ne pouvait émaner que de l'empereur permet de douter de la supériorité du pouvoir constituant ainsi réalisée. Cependant la nécessité d'un accord entre la volonté populaire et la proposition impériale assurait la spécialité de l'organe constituant.

(1) Article 44 du senatus consulte du 21 mai 1870 : « La constitution ne peut être modifiée que par le peuple sur proposition de l'empereur. »

Si divers que soient les régimes que nous venons de passer en revue, on reconnaît un trait commun entre les systèmes de revision qu'ils ont instaurés : l'affirmation catégorique et l'application — infiniment plus relative — de la spécialité de l'autorité chargée de modifier les lois fondamentales.

§ 4. — *Les Chartes.*

On peut se demander si cette pratique de la spécialité du pouvoir constituant ne fut pas interrompue par les Chartes; en effet, devant leur silence au sujet de la revision, il semble qu'avec elles on abandonne la distinction du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués pour les confondre au contraire dans un système où, à l'exemple de l'Angleterre, le roi et le Parlement unis exercent une pleine souveraineté.

Les Chartes de 1814 et de 1830, n'ayant pas prévu d'organe constituant, la question devait se poser de savoir à qui il appartiendrait de les reviser, car on ne peut raisonnablement pas soutenir que, du moment qu'elles ne prévoyaient pas leur revision, elles étaient immuables (1). Il s'agissait donc de savoir si le roi

(1) C'est cependant ce qu'affirmait Royer-Collard, porte-parole des libéraux. « Par la hauteur de son origine, disait-il, la Charte est au-dessus de l'atteinte des pouvoirs qui sont son ouvrage. S'il est permis de recommencer la Charte pour mieux faire, il n'y a plus de Charte. » (*Moniteur*, 1824, p. 739.) On ne doit cependant pas se faire illusion sur ce zèle des libéraux à défendre une Charte octroyée. C'était la crainte de la suppression des libertés acquises qui leur faisait redouter une revision. (Cf. Fonteneau, *Du pouvoir constituant en France et de la revision constitutionnelle*, Thèse Caen, 1900, p. 107.)

Dans le même sens et bien que nû par des intentions dia-

pouvait modifier seul la Charte (1), ou si elle pouvait être modifiée par une loi ordinaire résultant de l'accord des Chambres et du roi. Sans suivre tout au long les discussions passionnées que soulevèrent ces problèmes, il nous suffira de rappeler les thèses développées en 1842 à l'occasion du débat sur la loi de régence.

Jusqu'à cette date la question ne fut pas discutée

métralement opposées, le général Foy disait : « La fixité est le motif, le but de la Charte; disons mieux, c'est la Charte tout entière. Et cette Charte, majestueusement descendue du trône de Saint-Louis, accueillie naguère par la bénédiction du peuple, si souvent proclamée le palladium de nos libertés, voilà qu'aujourd'hui on la traite comme un simple expédient de finances... » On voit par les termes même de cette déclaration, le peu qu'elle devait à une conception juridique.

Il est toutefois curieux de noter l'attachement à l'immutabilité de la règle fondamentale qui fut témoigné par des hommes représentant les nuances les plus diverses de l'opinion. Les constituants de 1791 comme les ultras de la Restauration, affirmaient à l'égard de l'acte constitutionnel un respect qui, loin de le consolider, le rendait au contraire plus sensible aux risques d'un changement brutal. Ce respect de la constitution provient de ce qu'on prend davantage en considération l'autorité dont on prétend qu'elle émane, que sa nature de règle étatique. Mais du moment où l'on comprend que ce n'est pas son auteur qu'il faut envisager ni le titulaire du droit de la poser indépendamment de tout ordre juridique préexistant, la tendance à la considérer comme immuable n'a plus de raison d'être.

(1) Le parti ultra-royaliste soutenait cette doctrine et ne reconnaissait qu'au roi le droit de modifier la Charte. « Notre gouvernement, disait Josse de Beauvoir, se compose de trois pouvoirs, mais le prince domine les autres d'une hauteur incommensurable. Le roi est le principe et la vie de la Charte. Et parce qu'il l'aurait donnée à son peuple pour en jouir, avec lui, il l'aurait aliénée ? La revision de la Charte est un droit inhérent à l'autorité souveraine... » (*Moniteur*, 1824, p. 737.) Ainsi par un curieux retour des choses, les principes révolutionnaires étaient appelés au service de la monarchie.

dans toute son ampleur; la transformation que dut subir la Charte en 1830 procédant d'une action révolutionnaire ne saurait, avec ce caractère, appartenir à une catégorie juridique. Mais lorsque la mort du duc d'Orléans donna lieu à la présentation de la loi de Régence, le problème ne pouvait plus être éludé. En effet le règlement de la Régence dans une monarchie apparaît comme une matière essentiellement constitutionnelle, et c'est en s'appuyant sur cette considération que Ledru-Rollin réclama à la tribune la convocation des collèges électoraux en vue d'une consultation nationale. La thèse traditionnelle ainsi affirmée fut combattue par Thiers et Guizot qui vinrent démontrer que, puisqu'aucun organe constituant n'avait été institué par la Charte, c'était dans les organes de la souveraineté ordinaire que résidait la puissance constituante (1). La thèse soutenue par Guizot paraît indiscutable et en invoquant l'exemple de l'Angleterre, Thiers prouva qu'elle était apte à traduire les faits. « Quelle que soit la nature de l'acte que vous allez faire, s'écria-t-il, je vous défie de vous adresser à autre chose qu'aux pouvoirs constitués... » (2).

Qu'une loi ordinaire put modifier la Charte cela ré-

(1) Cf. Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 543, note 30. Cette opinion semble avoir déjà prévalu sous l'empire de la Charte de 1814; en effet l'ordonnance du 13 juillet 1815 convoquant une nouvelle Chambre décidait « que le pouvoir législatif, dans son ensemble, statuera sur les changements à faire à la Charte », et énumérait une série d'articles qui devaient « être soumis à la revision du pouvoir législatif dans la prochaine session des Chambres ». La lassitude et les troubles de l'époque furent sans doute cause de l'indifférence qui accueillit cette mesure. (Cf. Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 495.)

(2) Moniteur. Août 1842, p. 1808.

sultait directement de la façon dont toutes deux prenaient naissance : ainsi que le montre Duguit, elles étaient le résultat d'un accord identique entre le roi et les Chambres (3), dès lors, aucune n'étant d'une essence supérieure à l'autre, l'accord d'où naissait la loi pouvait modifier la Charte. C'est à cette opinion que se rallia la majorité et la loi fut votée et sanctionnée comme une loi ordinaire. Il faut du reste noter que ce vote fut acquis avec l'appui des députés qui admettaient, à la suite du rapporteur de la loi lui-même, que la Charte était immuable; ne voulant pas participer à la discussion, ils soutenaient qu'il s'agissait de combler législativement une lacune et non de modifier un article de la Charte. Quoiqu'il en soit de cette opinion, le débat avait eu lieu au fond et le principe de la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires n'en sortait pas victorieux.

M. le professeur Barthélemy dans une précieuse étude consacrée à la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la monarchie de Juillet (1) soutient cependant que cette distinction ne fut pas effacée à l'époque des Chartes. Après avoir montré que la matabilité de la Charte fut admise entre l'avènement de Louis XVIII et celui de Louis-Philippe, M. Barthélemy traduit l'opinion de la majorité gouvernementale sous la Restauration en disant que l'on estimait que « la Charte pouvait être modifiée par ce qu'on appelait alors les trois pouvoirs, c'est-à-dire par l'accord du roi, de la Pairie et de la Chambre des députés. « Sous la monarchie de Juillet la distinction des lois

(3) Duguit. *Traité de Droit constitutionnel*, 2^e éd., t. III, p. 653.

(1) R. D. P., 1909, p. 5 et suiv.

constitutionnelles et des lois ordinaires apparaît à notre auteur comme prenant une consistance nouvelle, car elle forme en quelque sorte le centre du nouveau régime. La révolution de 1830 eût en effet pour but « d'établir un point fixe, résistant, que l'on renonce à ébranler par les voies ordinaires ». La doctrine elle-même, entraînée par l'ouvrage de Tocqueville sur la Démocratie en Amérique, où était exposé le système d'exception d'inconstitutionnalité des lois, trouva une sanction à la séparation des lois constitutionnelles et des lois ordinaires dans le droit commun reconnu au juge de refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle. Et M. Barthélemy de renforcer sa thèse par les déclarations des hommes politiques de l'époque.

Bien plus, dit-il, la doctrine fut confirmée par les faits. Réfutant la thèse de Duguit selon laquelle la Charte aurait été élaborée en forme de loi, M. Barthélemy démontre qu'elle a été l'œuvre des députés présents à Paris, le roi n'a fait que de l'accepter et la Chambre des pairs que d'y adhérer. La Chambre des députés au début d'août 1830 fut une véritable assemblée souveraine en qui résidait la plénitude du pouvoir constituant et d'où naquit la constitution. Ce caractère apparaît dans le préambule de celle-ci : « La Chambre des députés, prenant en considération l'impérieuse nécessité..., déclare que le trône est vacant en fait et en droit ». D'où M. Barthélemy conclut que « ce n'est pas là un simple projet élaboré au nom d'un pouvoir complexe par un simple élément de ce pouvoir... C'est une œuvre achevée qui se présente comme la prescription exclusive d'un pouvoir simple, absolu, souverain. C'est une prescription actuelle et définitive qui déjà commande l'obéissance à tous. C'est en

un mot la Chambre électorale seule qui, au nom de la France, parle, dispose et commande ». Ainsi l'acte constitutionnel est l'œuvre de la Chambre seule qui n'a pas fait une loi ordinaire mais un acte constituant.

Enfin après avoir montré que la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires se trouve consacrée par des dispositions contenues dans le texte même de la Charte, l'historien des institutions de la Restauration prouve que la loi sur la Régence ne saurait être invoquée contre la distinction, car, dit-il, la question n'était pas en elle-même constitutionnelle puisqu'elle n'avait pas été englobée par la Charte dans le domaine constitutionnel. « C'est donc une loi comme une autre...; Cette loi ordinaire faite par le Parlement dans les formes ordinaires pourra être modifiée par une autre loi du même caractère et dans les mêmes formes... La distinction des lois constitutionnelles et ordinaires confirmée par les faits précédents n'est donc point démentie par cette loi ».

En ce qui concerne la question qui nous intéresse plus directement M. Barthélemy est bien obligé de reconnaître l'imprécision de la doctrine de l'époque. L'organisation de la revision est incertaine : c'est aux circonstances qu'il faut s'en remettre pour savoir si la constitution devra être modifiée. Quant à l'autorité compétente pour réaliser les réformes, il semble bien qu'on ne puisse pas en trouver un critérium juridique, ce sera celle qui aura la puissance de saisir le pouvoir constituant. Il n'est donc pas possible de dégager de la distinction des lois constitutionnelles et ordinaires, l'organe qui a qualité pour modifier la constitution, et sur ce point la divergence entre Duguit et M. Barthélemy paraît assez

mince. Aussi bien même en acceptant la thèse de l'éminent et regretté doyen de la faculté de droit de Bordeaux, la rupture par les Chartes de la tradition qui séparait, au moins nominalement, pouvoir constituant et pouvoir législatif, ne doit pas être considérée comme essentielle car il n'y a pas, à proprement parler, de rupture de tradition quand ce sont les circonstances qui, établissant un ordre nouveau, entraînent l'abrogation des règles anciennes inconciliables avec la nature même des institutions nouvelles. En effet, la séparation des pouvoirs constitués et du pouvoir constituant n'est indispensable que dans le système de la souveraineté nationale, car lui seul empêche que la puissance constituante soit attribuée à l'un des organes constitués. Si l'étendue de leur pouvoir et les limitations qui y sont apportées ne peuvent être modifiées qu'avec leur consentement, on ne peut plus parler de souveraineté nationale, car la nation est dépouillée de la pleine liberté de modifier la constitution, au profit de l'une des autorités constituées. Bien plus, le principe de la souveraineté nationale s'oppose à ce qu'un organe constitué tire sa puissance de lui seul, il doit la tenir en tant que compétence statutaire, d'une volonté extérieure à sa volonté particulière (1). La souveraineté collective de la nation ne peut pas être l'objet d'une appropriation par un individu ou un corps constitué car cela conduirait à faire de cet homme ou de cet organe le maître de sa fonction, alors que, d'après le principe français de la souveraineté nationale, il n'en est que le titulaire.

Au contraire, dans un Etat monarchique, la constitution incarne la volonté du monarque. Il est le maî-

(1) Carré de Mallberg, *Op. cit.*, t. II, p. 506.

tre de son pouvoir qu'il peut étendre ou limiter. Sans doute, si, par une concession ou par un accord avec les représentants du peuple, il en a restreint l'étendue, il ne pourra, par une décision de sa seule volonté, modifier les termes de l'accord auquel il a consenti ; mais cependant, avec l'adhésion de l'autre partie contractante, il pourra transformer la Convention primitive. Dès lors, on ne peut plus parler de séparation du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, non parce que cette pratique aurait été délibérément rejetée, mais parce qu'elle est inconcevable sous un régime monarchique. Ce n'est pas à la suite des préférences des députés que cette doctrine fut écartée à l'époque des Chartes ; c'est parce qu'elle était incompatible avec le régime même qu'elles établissaient. Thiers ne faisait qu'exprimer cette vérité lorsqu'il disait : « Le pouvoir constituant n'existe plus ; ce serait une violation de la Charte... » Entendons par là : un pouvoir constituant extérieur à l'organe complexe, roi, chambres, ne saurait exister ; auraient-ils suivi Ledru-Rollin, réclamant la convocation des assemblées primaires comme au temps de la Convention, les députés n'auraient fait qu'engendrer une monstruosité juridique.

L'erreur de tous ces systèmes, tels que les hommes de la Révolution en poursuivirent l'application en dépit des textes constitutionnels, tels que les deux empires à leur déclin les ont consacrés, tels que Ledru-Rollin les proposait à l'approbation de ses collègues, tels enfin que les envisage une fraction importante de la doctrine actuelle, cette erreur c'est d'avoir confondu le pouvoir de revision avec la souveraineté nationale. Etant donné la conception de la souveraineté qui, de-

puis 1789, domine la majorité des esprits, cette confusion était fatale. En effet, on envisage la souveraineté comme un pouvoir illimité et absolu, et dans ces conditions, il est bien évident que l'individu ou le groupe qui en a la propriété, doit posséder en même temps le droit de réformer à sa guise les règles fondamentales de l'Etat. Mais c'est là, il nous semble, une notion erronée: la souveraineté, ainsi que l'a fort bien montré M. Lefur dans ses divers ouvrages et, dernièrement encore, dans une substantielle préface au traité de l'Etat de M. de la Bigne de Villeneuve, n'est pas un pouvoir propre, distinct, ayant un contenu déterminé; « ce n'est pas davantage un objet de propriété pour les gouvernants, roi ou chambre, ou le peuple même en cas de gouvernement direct; c'est seulement une qualité du pouvoir le plus élevé sur un point donné et qui, par là même qu'il n'a pas de supérieur sur ce point, s'exerce nécessairement en dernier ressort » (1). Cette notion de la souveraineté nous paraît à la fois infiniment moins dangereuse que celle qui prévalut à l'époque de la Révolution et plus adéquate aux exigences d'un ordre juridique. En effet, n'ayant pas de contenu propre, la souveraineté n'exige pas que telle matière soit de sa compétence, elle intervient seulement, dans certains cas, comme une qualification du pouvoir; dès lors, elle peut fort bien exister sans intervenir elle-même dans l'exercice de ce pouvoir suprême qu'est le pouvoir constituant: il suffit, pour cela, qu'elle puisse statuer en dernier ressort sur les décisions prises par l'organe de revision sans participer elle-même à cette opération. Cette exigence pa-

(1) De la Bigne de Villeneuve, *Traité général de l'Etat*, préface de L. Lefur, p. xviii.

raît bien avoir été comprise par les auteurs de nos lois constitutionnelles de 1875 qui ont remis l'exercice de la revision à un organe constitué qui, étant électif, demeure sous le contrôle de la nation au seul pouvoir de laquelle peut, dans le régime actuel, s'adjoindre le qualificatif de souverain.

Au contraire, considérer la souveraineté comme un pouvoir distinct, jouissant d'un contenu déterminé peut, sans doute, être l'expression d'une méthode politique de création du Droit; mais nous croyons qu'une telle conception, outre qu'elle n'assure aucune stabilité à l'organisation étatique, n'est pas conforme à la réalité juridique. Parmi toutes les méthodes selon lesquelles on peut concevoir la formation du Droit, celle qui consiste à remettre ce pouvoir à la volonté insubordonnée du peuple est incapable d'assurer aux institutions la stabilité inséparable de l'ordre juridique car c'est admettre, à côté de la validité de la règle de Droit, la puissance inconditionnée du fait.

SECTION DEUXIÈME

Abandon par la Constitution de 1875 du principe traditionnel en Droit français touchant la distinction du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués.

La Constitution de 1875 ne pouvait, comme les Chartes, éviter de prévoir sa revision, car celle-ci était, en quelque sorte, une condition mise à sa naissance. Ses origines la rendait tributaire d'un com-

promis entre les partis, elle devait laisser à chacun d'eux la possibilité d'exploiter la transaction ainsi conclue et en compensation de l'avantage offert au parti républicain par la reconnaissance de la forme républicaine du gouvernement, elle permettrait aux autres partis l'espoir de triompher à leur tour par une revision facile et, faut-il le dire, estimée prochaine. Ainsi que le fait justement remarquer un de ses commentateurs, « jamais constitution ne s'était vue à ce point obligée d'envisager les revisions à venir et de se déclarer, non pas perfectible seulement, mais amovible » (1).

Il nous semble utile de rappeler rapidement les conditions dans lesquelles furent élaborées et votées les lois constitutionnelles de 1875 et particulièrement l'article 8 de la loi du 25 février. Ces considérations historiques trouvent naturellement leur place ici puisqu'elles serviront, en quelque sorte, de transition entre les systèmes de revision établis par les constitutions antérieures et la combinaison toute nouvelle qui résulte de notre Droit positif. Il nous paraît, en effet, que les circonstances et les déclarations faites à cette époque par les membres de l'Assemblée nationale, aident considérablement à comprendre la portée de l'article 8 qui a trait à la revision. Ce bref exposé nous permettra une intelligence plus complète du système de revision de notre constitution lorsque nous aborderons l'étude des questions souvent délicates que soulèvent sa mise en pratique.

L'Assemblée Nationale, qui se réunit à Bordeaux le 13 février 1871, avait été élue d'après les déclarations

(1) Lefèbvre, *Etudes sur les lois constitutionnelles de 1875*, p. 201.

des candidats sur la question de la paix ou de la guerre. Elle comprenait une forte majorité de monarchistes qui s'étaient prononcés pour la paix, une minorité de républicains qui, à la suite de Gambetta, déclaraient « guerre à outrance, résistance jusqu'à l'épuisement complet », et une trentaine de bonapartistes. Investie de tous les pouvoirs à l'instar de la Convention de 1792 et de la Constituante de 1848, elle se déclara dépositaire de l'autorité souveraine et, par le décret du 17 février qui nommait M. Thiers chef du gouvernement provisoire de la République française, elle confirma son droit de statuer sur les institutions de la France. Droit qu'elle affirma à nouveau en proclamant, le 1^{er} mars, la déchéance de Napoléon III et de sa dynastie.

Cette souveraineté, l'Assemblée Nationale ne put en user d'abord que pour prendre des mesures provisoires, car la conclusion de la paix et les négociations qu'elle comporte, l'envahissement du territoire, les mesures que nécessitait la situation douloureuse du pays et, plus encore peut-être, les divergences de vues qui régnaient au sein de l'Assemblée, s'opposaient à l'élaboration d'une Constitution définitive. Aussi la loi du 31 août, qui donnait à M. Thiers le titre de président de la République française, n'accordait à ses pouvoirs aucune stabilité. Sa responsabilité devant l'Assemblée l'exposait à être renversé à tout moment par un vote hostile de cette dernière et faisait dépendre l'existence du pouvoir exécutif du bon vouloir de l'Assemblée. Il était illogique de déclarer le président responsable et de lui ôter les moyens de se défendre. M. Thiers, dans son message du 13 novembre 1872, soulignait cette inconséquence et la commission nom-

mée pour lui répondre conclut qu'en effet il importait de donner une compensation au président et d'organiser les pouvoirs publics. Mais la loi du 13 mars 1873, relative « aux attributions des pouvoirs publics et aux conditions de la responsabilité ministérielle », ne devait pas encore résoudre la question : ce n'était, une fois de plus, qu'un expédient temporaire (1). Sans doute la loi donne à M. Thiers le droit de se faire entendre par l'Assemblée et décide que les interpellations ne pourront être adressées qu'aux ministres, mais, si elles visent la politique générale du gouvernement, la responsabilité du président est engagée. En fait, il s'agissait de modifications de pures formes laissant le pouvoir de M. Thiers aussi mal assuré que par le passé.

Aux termes de l'article 5 de cette même loi, il était dit : « L'Assemblée nationale ne se séparera pas avant d'avoir statué : 1° Sur l'organisation et le mode de transmission des pouvoirs législatif et exécutif ; 2° sur la création et les attributions d'une seconde chambre ne devant entrer en fonction qu'après la séparation de l'Assemblée nationale ; 3° sur la loi électorale. Le gouvernement soumettra à l'Assemblée des projets de lois sur les objets ci-dessus énumérés. » En exécution du dernier alinéa de ce texte, le gouvernement, remanié par M. Thiers dans un sens nettement républicain, notamment par l'adjonction de Casimir-Perrier et de Bérenger, déposait, le 19 mai, un projet sur l'organisation des pouvoirs publics et la constitution

(1) « Ce n'est pas une Constitution que nous vous apportons : Les questions constitutionnelles ayant été réservées, c'est un expédient temporaire au sein de la confusion des pouvoirs, dans laquelle une Assemblée unique est toujours placée. » Déclaration du rapporteur de Broglie, 21 février.

d'une seconde chambre. Mais le même jour, le président étant invité à suivre désormais une politique nettement conservatrice, une crise s'ouvrait qui devait se résoudre cinq jours plus tard, par le vote d'un ordre du jour présenté par la droite et qui blâmait M. Thiers; celui-ci donna sa démission et le maréchal de Mac-Mahon fut élu président de la République.

Jamais l'Assemblée n'avait paru moins disposée à discuter une organisation constitutionnelle définitive, d'autant plus qu'une restauration monarchique semblait sur le point de s'accomplir à la suite d'une fusion entre la branche aînée et la branche cadette. Seule la déclaration du comte de Chambord refusant d'abandonner le drapeau blanc, empêcha le rétablissement imminent de la monarchie. Aussi pour assurer plus de stabilité au gouvernement, tout en réservant l'avenir, une loi fut votée le 20 novembre 1873 qui confiait le pouvoir au maréchal de Mac-Mahon pour une durée de sept ans, et la loi ajoutait : « Ce pouvoir continuera à être exercé avec le titre de président de la République et dans les conditions actuelles jusqu'aux modifications qui pourraient y être apportées par les lois constitutionnelles » (1). Il s'agissait donc d'un gouvernement d'attente pendant lequel devrait être élaborée la Charte fondamentale de l'Etat.

Notre intention n'étant pas de faire un exposé détaillé de l'histoire des lois de 1875, ce n'est pas le lieu ici de rechercher quel était le caractère de ce septennat. Nous n'avons plus les mêmes raisons que les députés de l'époque pour le considérer soit comme provisoire ainsi que le voulait l'extrême droite royaliste,

(1) Loi du 20 novembre 1873, art. premier.

soit comme impersonnel ainsi que le prétendaient les républicains pour établir sur une base solide les attributions du chef de l'Etat et organiser ainsi l'établissement pratique de la République. Qu'il nous suffise de dire que c'est sur la nature du septennat que s'engagea la discussion des lois constitutionnelles. Nous allons essayer d'en faire ressortir le sens en nous plaçant uniquement au point de vue du droit de revision.

La loi du 23 novembre 1873 stipulait, dans son article 2, que : « dans les trois jours qui suivront la promulgation de la présente loi, une commission de trente membres sera nommée en séance publique et au scrutin de liste, pour l'examen des lois constitutionnelles ». Cette disposition était le corollaire de l'engagement pris par l'article 5 de la loi du 13 mars 1873, cité plus haut.

La Commission des trente, ou Commission Ventavon comme elle fut désignée sous le nom de son rapporteur, hésitait à aborder un projet sérieux de lois constitutionnelles parce que c'eût été soulever immédiatement la question de la forme du régime. Cette incertitude était intolérable, aussi le 15 juin 1874, Casimir Perrier déposait, au nom du centre gauche, une proposition ainsi conçue : « L'Assemblée nationale, voulant mettre un terme aux inquiétudes du pays, adopte la proposition suivante :

« La Commission des lois constitutionnelles prendra pour base de ses travaux sur l'organisation et la transmission des pouvoirs publics :

« 1° L'article premier du projet de loi déposé le 19 mai 1873 ainsi conçu : « Le gouvernement de la République française se compose de deux chambres » et d'un président, chef du pouvoir exécutif, »

« 2° La loi du 20 novembre 1873, par laquelle la présidence de la République a été confiée à M. le Maréchal de Mac-Mahon;

« 3° La consécration du droit de revision partielle ou totale de la constitution dans les formes et les époques que déterminera la loi constitutionnelle » (1).

L'exposé des motifs qui accompagnait la demande d'urgence met en valeur le sens de la proposition. « ...En demandant que le droit de revision ne soit soumis à d'autres restrictions que celles de formes et des délais qui, sans diminuer l'étendue, empêche qu'il ne se transforme en un moyen d'agitation perpétuelle, nous croyons avoir concilié tout ce que veulent la sincérité et le respect d'autrui avec tout ce qu'exige la souveraineté nationale. »

Une contre-proposition fut immédiatement déposée par M. Lambert de Sainte-Croix, au nom des royalistes; elle n'envisageait le septennat que comme une institution provisoire et disposait qu'« à l'expiration des pouvoirs du président de la République, les deux chambres, réunies en Congrès national, désigneront le successeur du maréchal de Mac-Mahon, ou statueront sur la revision totale ou partielle des lois constitutionnelles, dans les formes déterminées par lesdites lois ». Les deux propositions furent envoyées à la commission avec urgence en faveur de celle de Casimir Perrier. En même temps, la monarchie était condamnée par le rejet d'une proposition de M. de La Rochefoucauld-Bisaccia portant : « Le gouvernement de la France est la monarchie. Le trône appartient au chef de la Maison de France. » Enfin, le 16 juin, une proposition de M. Wallon, relative à l'organisation des

(1) *J. O.*, 1874, p. 4050.

pouvoirs de la République, fut renvoyée à la commission. Un tel nombre de propositions républicaines n'était pas fait pour faciliter le travail d'une commission en majorité monarchiste; cependant, pressé par le message du président de la République (1) et talonné par les instances de Casimir Perrier, qui demandait un rapport sur la proposition du 15 juin, M. de Ventavon, rapporteur de la commission, déposait son projet qui concluait au rejet de la proposition Casimir Perrier.

Etant donné, disait le rapport, que la loi du 20 novembre 1873 a créé un pouvoir *sui generis* qui s'oppose à l'institution d'un autre régime, on ne pouvait admettre une proposition qui se résume en la proclamation de la République. L'assemblée se rallia à ces considérations et repoussa la proposition à une faible majorité, malgré les interventions du duc de Broglie, faisant remarquer que « le droit de revision c'est le principe de la République elle-même » (2). Ainsi l'assemblée manifestait par son vote que la proposition Casimir Perrier se rattachait à un projet de constitution qui n'était pas compatible avec ses tendances politiques.

Il restait à examiner le projet présenté par la commission. Il confirmait et organisait le septennat du

(1) Message du 9 juillet 1874 : « Le pays appelle de ses vœux l'organisation des pouvoirs publics qui sera pour lui un gage de stabilité... Il faut que les questions réservées soient résolues; le repos des esprits l'exige. Unis dans la même responsabilité, l'Assemblée et le Gouvernement voudront accomplir ensemble tous les devoirs qui leur sont imposés. Il n'en est pas de plus impérieux que celui qui consiste à donner au pays, par des institutions définies, le calme, la sérénité dont il a besoin. »

(2) *J. O.*, 1874, p. 5178.

maréchal, mais il était de nature à ne satisfaire aucune partie de l'assemblée. En effet, on y lisait d'une part : « A l'expiration du terme fixé par la loi du 20 novembre 1873, comme au cas de vacance du pouvoir présidentiel, le Conseil des ministres convoque immédiatement les deux assemblées qui, réunies en Congrès, statuent sur les résolutions à prendre. » C'était la consécration du septennat impersonnel. « Mais, ajoutait le rapporteur, la commission a fait un pas de plus : elle ne pouvait, sans compromettre la durée des pouvoirs présidentiels, attribuer aux chambres qui devront succéder à l'Assemblée Nationale, le droit de provoquer la revision des lois constitutionnelles. Mais elle a donné cette prérogative au président de la République. C'est un gage de sécurité pour l'avenir... » (1). Ainsi, le projet, en accordant au maréchal le droit exclusif de provoquer la revision des lois constitutionnelles, rejoignait la théorie du Septennat personnel. Aussi bien, ayant rejeté la proposition ainsi qu'un amendement de M. Wallon (2), l'assemblée prononça l'ajournement de la discussion. Elle espérait que le temps apporterait l'apaisement dans les esprits et permettrait de trouver une solution qui ralliât la majorité des suffrages. Il n'en fut rien, et lors de la réunion de l'assemblée, le 30 novembre, la situation n'avait pas changé.

(1) *J. O.*, 1874, p. 5174.

(2) M. Wallon voulait ajouter à la proposition Casimir Perrier l'article additionnel suivant : « La revision des lois constitutionnelles... sur la demande du président de la République, soit de l'une des deux Chambres; avec cette réserve que pendant la durée des pouvoirs conférés au maréchal par la loi du 20 novembre, cette revision ne pourra avoir lieu que sur la proposition du président de la République ».

Le 6 janvier 1875, le maréchal adressait à l'assemblée un message dans lequel il insistait à nouveau sur la nécessité de donner au pays une constitution stable, il demandait que la priorité soit donnée, dans la discussion, à la loi relative à la seconde chambre sur celle qui devait décider de l'organisation et de la transmission des pouvoirs. Mais l'assemblée, comprenant que, logiquement l'organisation du gouvernement devait passer avant celle de la seconde chambre, décida qu'elle passerait à la délibération sur le projet relatif à l'organisation des pouvoirs publics.

Le 28 janvier, à la suite du dépôt d'un amendement destiné à remplacer le projet de la commission, la discussion s'engagea à fond. L'amendement Naquet comprenait un article 3 ainsi conçu : « Les modifications à la présente loi constitutionnelle et à la loi électorale ne pourront être faites que par une assemblée de revision convoquée spécialement à cet effet. Comme la présente loi, elles devront, avant d'être promulguées, être soumises, par oui ou par non, à la ratification directe du suffrage universel » (1). Le vote de ce texte eut consacré, pour la revision, la nécessité d'une constituante, la ratification du peuple et en même temps la doctrine traditionnelle en Droit français de la séparation du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués eut été confirmée. Mais l'assemblée rejeta le premier article du contre-projet qui instituait une assemblée unique et un président nommé et révocable par elle. Ce rejet entraîna celui du contre-projet tout entier.

On aborda alors la discussion de l'article premier du projet de la commission : « Le pouvoir législatif

(1) *J. O.*, 29 janvier 1875, p. 765.

s'exerce par deux assemblées : la chambre des députés et le Sénat. » Mais après rejet d'un amendement de M. Laboulaye qui eût consacré implicitement la République (1), il semblait qu'on dut abandonner tout espoir d'arriver à une solution; c'est alors que M. Wallon proposa son fameux amendement qui, d'une façon détournée consacrait la République. Il nous faut reproduire la déclaration dont M. Wallon appuya sa proposition car, dans sa seconde partie, elle laisse entrevoir combien l'idée de République était liée à celle de revision. « Messieurs, disait le père de la République, je ne proclame rien, je prend ce qui est. J'appelle les choses par leurs noms, et je veux faire que ce gouvernement qui est, dure tant qu'on ne trouvera pas mieux à faire... Si la République ne convient pas à la France..., le plus sûr moyen d'en finir avec elle, c'est de la faire... Si, au contraire, elle ne paraît pas possible, je ne dis pas : proclamez la République, mais je vous dis : constituez le gouvernement qui se trouve maintenant établi... J'aurais voulu introduire la revision dans mon article, mais il ne m'a paru possible de le faire. Il est bien entendu qu'en proposant l'article qui vous est actuellement soumis, j'entends aussi proposer un autre article relatif à la revision » (2).

L'amendement de M. Wallon ainsi conçu : « Le pré-

(1) Cet amendement ainsi libellé : « Le Gouvernement de la République française se compose de deux Chambres et d'un président, chef du pouvoir exécutif », fut repoussé après que L. Blanc eût réclaté la disjonction en deux paragraphes, l'un proclamant la République, l'autre relatif aux deux Chambres. Comme on l'a fait remarquer, c'était trop demander à une assemblée réactionnaire que de l'inviter à proclamer la République.

(2) *J. O.*, 1875, p. 828.

sident de la République est élu à la majorité absolue des suffrages, par le Sénat et la Chambre des députés réunis en Assemblée Nationale. Il est nommé pour sept ans; il est rééligible », fut voté par l'assemblée, malgré l'opposition de la commission des Trente. Enfin, le 3 février 1875, l'article 5 du projet Ventavon, relatif à la revision, vient en discussion. Dans un discours préalable au débat, M. Paris, membre de la commission, laissa percer, sous un apparent souci de respecter la volonté du pays, l'espoir de voir bientôt se réaliser le vœu des monarchistes, grâce à une revision facile. « Les constitutions, déclara M. Paris, ne peuvent être immuables, il est indispensable qu'elles soient constamment en rapport avec les besoins généraux des nations auxquelles elles s'appliquent. Pour demeurer fidèle à cette règle, pour maintenir cette harmonie, nous devons faire reposer le droit de revision sur des bases rationnelles, et prendre garde d'en entraver l'exercice par une procédure compliquée, qui en rendrait la pratique impossible » (1). L'idée principale du projet Ventavon était d'organiser le Septennat en refusant de régler l'avenir après la présidence du maréchal. Cette intention se traduisait dans l'article 5 déjà cité : « À l'expiration du terme fixé par la loi du 20 novembre 1873, comme en cas de vacance du pouvoir présidentiel, le Conseil des ministres convoque immédiatement les deux assemblées qui, réunies en congrès, statuent sur les résolutions à prendre. »

Du moment que, d'après le projet, il ne devait plus subsister, au terme du Septennat, de gouvernement défini, il fallait prévoir que la situation serait la même

(1) *J. O.*, 1875, p. 933.

que celle dans laquelle se débattait l'Assemblée Nationale. Il semblait donc qu'à l'expiration des pouvoirs du maréchal, la réunion d'une assemblée constituante devait être prévue. C'est au sujet de l'organisation de cette assemblée que la proposition de la commission formait un système tout à fait nouveau dans notre Droit public, en prescrivant la réunion des Chambres sous forme de congrès. Cette disposition, qui avait pour but d'éviter, après le septennat, la convocation d'une assemblée nouvelle, instaurait une combinaison qui, de la réunion plénière des deux Chambres législatives faisait une assemblée constituante pourvue d'un mandat illimité, sans qu'il fût besoin de le faire renouveler ou confirmer par une élection ou une ratification populaire. Mais ce système qui, dans l'esprit des membres de la commission, ne devait être que temporaire, fut pris comme base d'un établissement régulier de la République, sauf possibilité de revision s'étendant à la forme même du gouvernement.

M. Wallon déposa un amendement corrigeant l'article 5 du projet Ventavon, mais en prenant garde, d'une part, de ne lui faire subir que les modifications indispensables, afin de faire plus facilement adopter la solution républicaine et, d'autre part, de prévoir comme lui l'hypothèse d'une revision totale, chère à la majorité de l'assemblée. Ainsi, on tentait un établissement durable des pouvoirs publics, tout en laissant largement ouverte la possibilité d'en changer aussi bien le détail que la structure générale. Mais pour les républicains, l'essentiel était acquis : la substitution d'une revision simplement éventuelle à la revision obligatoire.

A l'amendement de M. Wallon, d'après lequel il aurait suffi, pour que le droit de revision fut mis en pratique, que l'une des deux chambres en fit la demande, fut préféré un amendement de M. Dufaure qui accordait l'initiative de la revision au président de la République et aux deux chambres, mais en subordonnant la mise en action de la revision à un vote préalable des chambres déclarant qu'il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles. Enfin, conservant la partie de la proposition Wallon, qui reservait au maréchal pendant la durée de ses pouvoirs l'initiative exclusive de la revision, on arriva au texte suivant :

« Les chambres auront droit, par délibérations séparées, prises dans chacune à la majorité absolue des voix, soit spontanément, soit sur la demande du président de la République, de déclarer s'il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles.

Après que chacune des deux Chambres aura pris cette résolution, elles se réuniront en Assemblée Nationale pour procéder à la revision.

Les délibérations portant revision des lois constitutionnelles, en tout ou en partie, devront être prises à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée Nationale.

Toutefois, pendant la durée des pouvoirs conférés par la loi du 20 novembre 1873, à M. le maréchal de Mac-Mahon, cette revision ne peut avoir lieu que sur la proposition du président de la République. »

Après rejet de différentes propositions tendant à insérer des articles additionnels, le projet fut adopté et ce texte devint l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875.

De la façon dont furent élaborées nos lois consti-

tutionnelles, il résulte que l'influence des précédents qui aurait pu les inviter à consacrer tel ou tel système de revision déjà éprouvé, ne fut pas nettement marquée. La conception qui, depuis 1789, semblait être essentielle au Droit public français touchant la nature et l'exercice du pouvoir constituant fut écartée lors de la discussion des textes que l'on voulait précis, sommaires et positifs. C'eut été, en effet, une erreur que de faire intervenir des questions de principe dans un débat déjà si difficile lorsqu'il n'avait trait qu'aux points indispensables de l'organisation de l'Etat. Aussi bien, une telle façon de procéder était inévitable puisqu'il importait avant tout d'aboutir à une prompt solution, mais elle rend périlleuse la tâche du commentateur qui, sous la brièveté du texte et à travers la sécheresse des applications, recherche le principe.

Puisque les circonstances conduisirent les constituants de 1875 à abandonner les combinaisons adoptées par leurs prédécesseurs quant au fonctionnement de la fonction de revision, il nous faut voir comment l'Assemblée Nationale a réglé cette question que les conditions politiques rendaient plus grave encore.

Aux termes de l'article 8 de la loi du 25 février 1875, relative à l'organisation des pouvoirs publics, c'est aux Chambres qu'il appartient de déclarer s'il y a lieu de procéder à une revision des lois constitutionnelles. Cette décision résulte des résolutions prises dans chacune des deux Chambres, soit sur l'initiative de leurs membres, soit à la demande du président de la République. D'après ce même article, c'est encore aux Chambres qu'il appartient, une fois les résolutions de revision prises, d'accomplir la revision en se réunissant en une assemblée unique qui porte le nom d'As-

semblée Nationale. Une première idée résulte avec évidence d'un tel système constituant, c'est que le pouvoir législatif, après avoir constaté la nécessité de la revision, est chargé lui-même de l'opérer. Ainsi le principe fondamental des systèmes de revision antérieurs est abandonné, qui reconnaissait un pouvoir constituant distinct s'exerçant par délégation spéciale. En effet, c'est aux membres qui composent les Chambres au moment où s'ouvre la revision que le pouvoir constituant est confié et son exercice n'exige plus ni mandat particulier, ni élections générales. La ratification populaire, que les régimes napoléoniens avaient conservée comme sauvegarde de la souveraineté nationale, ne s'impose même plus, et l'on peut dire qu'actuellement la revision, par son initiative comme par son accomplissement dépend uniquement du personnel parlementaire. Nos deux chambres ayant reçu un pouvoir égal pour légiférer et pour constituer, la doctrine d'un pouvoir constituant remis à un organe spécial est périmée.

C'est maintenant, bien plus qu'à l'époque des Chartes qu'il convient de parler de la rupture d'une tradition. En effet, le régime instauré par nos lois de 1875 était conciliable avec la séparation du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, la tradition semblait l'imposer. Issue d'une Assemblée Nationale qui était investie de la plénitude de la souveraineté et qui tirait son pouvoir constituant de la nation qu'elle représentait, la constitution de 1875 aurait pu consacrer la supériorité du pouvoir constituant. Sans doute, on a contesté à l'assemblée de 1871 le droit d'organiser les pouvoirs publics; son seul rôle, disait-on, était de conclure la paix. Mais ce ne sont là que des théo-

ries de circonstances soutenues par les républicains qui redoutaient l'œuvre d'une assemblée en majorité monarchiste, et ils abandonnèrent eux-mêmes leur thèse le jour où fut voté l'amendement Wallon qui consacrait la République. Il est bien certain, en effet, et personne ne le conteste plus aujourd'hui, que le gouvernement de la défense nationale, issu de la révolution du 4 septembre, avait convoqué les collèges électoraux à l'effet d'élire une assemblée nationale constituante; l'ajournement des élections « décidé en considération des obstacles matériels » provenant de l'envahissement du territoire, ne changeait rien à la nature de l'assemblée qui devait être élue. Du reste, l'Assemblée Nationale se considéra toujours comme ayant le libre exercice du pouvoir constituant, et c'est à ce titre qu'elle vota les lois du 17 février 1871 et du 20 novembre 1873, éléments d'une constitution provisoire (1).

Ainsi à l'origine de nos lois constitutionnelles actuelles, on trouve un système qui, pour l'élaboration de la constitution et, par suite pour la modification à y apporter, exige la convocation d'une assemblée revêtue d'un mandat spécial. Cette conception était parfaitement dans la tradition admise depuis 1789, qui posait en principe que la constitution ne pouvait être changée qu'après une consultation spéciale du corps électoral ou parfaite que par une ratification populaire. Mais la supériorité du pouvoir constituant, ainsi

(1) Cf. loi du 31 août 1871, portant que le chef du pouvoir exécutif prendra le titre de président de la République française (Préambule): « L'Assemblée nationale, considérant qu'elle a le droit d'user du pouvoir constituant, attribut essentiel de la souveraineté dont elle est investie... »

confirmée par la façon dont les lois de 1875 furent votées, disparaît si l'on examine le dispositif de ces mêmes lois. La combinaison prévue pour la revision, supprimant la séparation entre le pouvoir législatif et le pouvoir constituant, efface du même coup, la distinction traditionnelle entre pouvoirs constitués et pouvoir constituant. Cependant, une semblable organisation de la revision n'entraîne pas, ainsi qu'on pourrait le croire, en invoquant la doctrine traditionnelle du pouvoir constituant, la disparition de ce pouvoir en tant que puissance distincte; elle implique seulement l'abandon du procédé politique de la souveraineté nationale (1) relativement à la création de la législation constitutionnelle. En outre, il ne faudrait pas davantage conclure de l'abandon de cette théorie à la confusion de la fonction législative et de la fonction constituante: la distinction entre lois cons-

(1) Abandon du procédé politique de la souveraineté nationale, considérée comme un pouvoir spécial investi d'une compétence déterminée, c'est-à-dire selon le concept traditionnel de la souveraineté. Bien entendu, cet abandon ne signifie pas le rejet total de la notion de souveraineté nationale, il indique, au contraire, le retour à une saine conception de celle-ci, considérée non comme un pouvoir mais comme la qualification d'un pouvoir. (Cf. plus haut, p. 130.)

Nous avons noté au début de ce chapitre qu'en face des dispositions de l'article 8, les partisans de la doctrine traditionnelle du pouvoir constituant se trouvaient en présence d'un dilemme. Il leur faut, en effet, ou bien faire revivre par une fiction la spécialité de l'organe de revision, ou bien admettre la disparition du pouvoir constituant comme pouvoir distinct. Si nous nous attachons ici à suivre particulièrement les développements de M. Carré de Malberg, c'est parce qu'à peu près seul, parmi les auteurs, il s'est engagé dans la voie qui constitue à nier l'existence d'un pouvoir constituant distinct du pouvoir législatif. Avec une fermeté d'esprit qui s'accommode mal des fictions, M. Carré de Malberg rejeta la théorie de

titutionnelles et lois ordinaires subsiste, mais au lieu de résulter de la diversité de leurs auteurs, elle découle des conditions mises à leur naissance, conditions qui ne font, du reste que traduire la différence des rangs qu'elles occupent dans la hiérarchie des normes étatiques.

Notre éminent maître, M. Carré de Malberg veut voir dans la solution consacrée par l'art. 8, un compromis entre les pratiques suivies en Angleterre et les principes admis en France avant 1875. « On ne saurait prétendre, dit-il, que la constitution de 1875 ait totalement fait disparaître la distinction du pouvoir constituant et du pouvoir législatif. Car, en définitive, ce ne sont pas les Chambres mêmes, prises telles quelles et dans leur consistance ordinaire, qui font la revision : c'est une assemblée plénière formée par la réunion et le congrès des membres des deux chambres, et devenant dès lors juridiquement un organe distinct, ainsi que cela ressort, d'ailleurs, du fait que la constitution lui applique une dénomination spéciale, celle d'Assemblée Nationale. » (1). Il nous paraît que la question n'est pas ainsi posée sur son véritable terrain et nous voudrions examiner la solution qu'elle comporte en nous plaçant au point de vue de

la spécialité de l'organe de revision comme incapable de traduire la réalité juridique — et sur ce point un cours de doctorat sur la supériorité du pouvoir législatif, professé à Strasbourg, en 1927-28, donne une solution plus catégorique que celle indiquée dans la *Contribution à la théorie générale de l'Etat*. Dès lors, M. Carré de Malberg était amené à considérer que le système de revision instauré par l'article 8, consacrait l'absorption, par le pouvoir législatif, du pouvoir constituant.

(1) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 553. Cf. dans le même sens, Esmein. *Op. cit.*, 7^e éd., t. II, p. 573.

la notion même de pouvoir telle que l'entend la majorité des auteurs.

Même en admettant que, juridiquement, l'Assemblée Nationale soit d'une autre essence que le Parlement — ce qui d'ailleurs nous semble ne pas faire de doute — de cette différence de nature ne résulte pas nécessairement une séparation entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués. En effet, et M. Carré de Malberg ne le nie pas (2), le problème est intimement lié à la théorie de la souveraineté nationale : ce qui crée la distinction entre pouvoir constituant et autorités constituées, ce n'est pas tant l'attribution du pouvoir de revision à un organe autre que les pouvoirs constitués, c'est le fait que ces pouvoirs constitués ne sont pas maîtres de leur compétence, or personne ne peut nier qu'actuellement nulle volonté ne peut limiter ou étendre la compétence des Chambres sans le consentement de leurs membres; ils sont les maîtres absolus des destinées de leurs assemblées. Pour qu'on puisse parler d'une séparation du pouvoir constituant d'avec les organes constitués, il faut que l'initiative et la revision elle-même n'appartiennent pas à un pouvoir constitué, car celui qui jouirait d'un tel privilège serait titulaire d'une souveraineté sans égale. La séparation est parfaite quand ni l'initiative ni la revision ne sont remises à un organe constitué; elle subsiste mais atténuée, ainsi que nous l'avons observé au sujet des constitutions de 1791, an III et 1848, quand le droit de demander un changement de l'organisation constitutionnelle est accordé au législateur ordinaire et à lui seul; mais elle disparaît quand un pouvoir

(1) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 506.

constitué possède à la fois l'initiative et la compétence pour reviser sans intervention ni contrôle de la souveraineté nationale.

Le droit positif attribue aux Chambres le pouvoir législatif parce qu'il reconnaît en elles les titulaires d'une volonté collective une et continue qui doit coïncider avec la volonté nationale. Mais peut-on dire que par la réunion de l'Assemblée Nationale, la nature interne de la volonté du corps législatif ait été modifiée; qu'elle ait pris une force plus considérable justifiant l'exercice d'un pouvoir supérieur qui lui est attribué après une simple modification extérieure des conditions dans lesquelles ses décisions seront prises ?

M. Carré de Malberg veut prouver la persistance de la tradition qui sépare le pouvoir constituant par le fait que l'art. 8 réserve « le pouvoir constituant à une assemblée qui, obtenue par un procédé que ce texte présente comme une fusion des deux chambres, se distingue d'elles et forme en tout cas un collège qui leur est supérieur en nombre, majesté et puissance » (1). C'est faire dépendre l'existence du pouvoir constituant d'une simple condition d'apparat. Nous ne songeons certes pas à contester qu'à l'intérieur de l'assemblée il n'y a plus ni députés ni sénateurs, mais les membres d'une assemblée nouvelle, seulement est-ce traduire la réalité que de voir dans leurs décisions l'exercice d'une volonté différente de celle qui, la veille encore, tranchait sur l'adoption ou le rejet des lois ordinaires. Le changement de la qualité et du titre des individus reste sans influence sur

(1) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 554.

leur volonté interne si nulle force supérieure à elle n'est venue lui conférer une puissance accrue. Il est impossible de découvrir une hiérarchie entre la volonté du Parlement et celle de l'Assemblée Nationale si l'on se place au seul point de vue de la nature de leurs volontés. Même en admettant l'existence de volontés collectives, on ne saisit pas en quoi celle de l'Assemblée Nationale jouirait d'une puissance renforcée par rapport à celle qui décide au Palais-Bourbon ou au Luxembourg. La volonté collective, quelle que soit la façon dont on la conçoit, repose sur les volontés individuelles, or ces volontés individuelles n'ont juridiquement pas pu changer durant le trajet entre Paris et Versailles. Modification impossible, non parce que ces volontés émanent des mêmes hommes, un tel raisonnement dénoterait une conception un peu simpliste des institutions, mais parce que rien n'est venu sanctionner en eux la soi-disante volonté nouvelle dont ils se préparent à faire usage sous le nom de pouvoir constituant. Où qu'interviennent les décisions, elles sont prises par une volonté identique; toute la majesté, tout le faste dont on entoure la réunion de l'Assemblée Nationale ne sauraient faire que cette volonté soit autre que celle qui se manifeste lors des débats parlementaires. Elle n'a pas pris une puissance plus grande parce qu'elle n'a pas été trempée à la source d'où émanent tous les pouvoirs : la nation. On peut dire certes que la constitution, traduction de la volonté nationale, l'a voulu ainsi puisqu'elle n'a pas prévu, comme en Belgique par exemple, des élections préalables à la revision qui donneraient aux députés une compétence spéciale; mais on forcerait le sens de nos lois constitu-

tionnelles en soutenant qu'elles ont consacré une volonté constitutive distincte de la volonté législative. L'art. 8 de la loi du 25 février est la négation de cette séparation ou alors c'est un terme vide de sens.

Ainsi en appliquant les formules de la théorie traditionnelle on arrive nécessairement à considérer l'organe législatif comme directement investi de la puissance constitutive. Nous croyons cependant que la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir législatif qui disparaît quand on l'envisage par rapport à l'élément volonté, retrouve toute sa valeur si l'on considère non plus la qualité de l'auteur mais la hiérarchie des règles posées (1). Ce n'est pas au pouvoir législatif en tant qu'investi de la fonction législative qu'appartient le droit de faire la révision, c'est à un organe qui, ayant sans doute ordinairement compétence pour la législation ordinaire, est appelé, lorsque la nécessité s'en fait sentir, à modifier la cons-

(1) Cette constatation nous semble du reste valoir pour tout le Droit constitutionnel qui souffre de ce que l'on pourrait appeler un abus des personnalités. L'accusation se justifie si l'on considère la place que le Droit administratif, dont la technique est infiniment plus avancée, réserve à la théorie de l'acte. L'auteur de l'acte passe au second plan et toute construction juridique est établie sur l'acte. Ainsi que le fait remarquer M. Hauriou dans son *Introduction à l'étude du Droit administratif français*, « c'est également par la théorie de l'acte que les droits spéciaux se distinguent du droit commun et déterminent leur matière; c'est par l'acte de commerce que se détermine le domaine du droit commercial, de même que celui du droit administratif se détermine par l'acte d'administration ». Il nous semble que le droit constitutionnel réaliserait un progrès sérieux, tout en évitant d'inutiles controverses sur la qualité de l'auteur d'un acte, en attribuant, toutes les fois que cela est possible, une place plus considérable à la théorie de l'acte.

titution. La volonté qui décide dans les deux cas est la même, mais le titre en vertu duquel les décisions sont prises est différent. En tant qu'organe législatif le Parlement est subordonné à la constitution, le contenu des règles qu'il pose est limité par l'existence d'une règle supérieure dont il tient sa compétence; au contraire, réuni à Versailles sous le nom d'Assemblée Nationale, il peut voter des lois qui ne sont dans la dépendance d'aucune autre. Sans doute, il doit respecter les formes et les conditions prévues par l'acte constitutionnel, mais cette subordination disparaît quant au contenu des règles posées. Appelées à remplacer la norme initiale, elles ont la même force qu'elle et leur contenu possible est illimité : en cela apparaît bien la supériorité de la loi constitutionnelle par rapport à la loi ordinaire.

De ces observations on doit conclure que la constitution de 1875, bien qu'ayant remis à un organe unique le pouvoir d'élaborer à la fois la législation constitutionnelle et la législation ordinaire, n'en a pas moins assuré la séparation de ces deux catégories de règles de droit. On ne peut donc pas dire que le pouvoir de reviser les lois constitutionnelles appartient au corps législatif car ce n'est pas par la dualité des volontés mises en œuvre pour les exercer que s'établit la distinction des fonctions, c'est par la diversité des règles antérieures auxquelles elles sont soumises et par le rang qu'occupent, dans la hiérarchie des normes étatiques, les règles qu'elles posent. Or, il est certain que le Sénat et la Chambre des députés ne pourraient pas légitimement modifier une disposition de la constitution par une loi ordinaire, cependant, réunis en Assemblée Nationale, ils pourront le faire, non

parce que la puissance inhérente à leur volonté aura été renforcée, mais parce que, d'une part, ayant alors à exercer la fonction constituante, ils ne sont plus subordonnés à la règle qui limitait leur pouvoir dans l'exercice de la fonction législative, et que, d'autre part, la règle qui résultera de leur vote prendra rang de règle initiale, alors que leurs décisions législatives ne créaient que des règles secondaires.

Ainsi, en remettant à une même autorité constituée les fonctions constituante et législative, les auteurs de nos lois constitutionnelles n'ont fait que consacrer la tradition juridique qui depuis 1789 fut toujours orientée vers la remise de la fonction constituante à l'organe qui était déjà investi de la fonction législative, mais en même temps ils ont rompu avec la tradition historique qui mettait à la base de la séparation des pouvoirs constituant et législatif une diversité de volonté; l'organe législatif demeure incompetent, en tant que tel, pour opérer les modifications à la constitution, par conséquent la distinction subsiste mais basée, nous semble-t-il sur une conception plus rigoureuse de l'ordre étatique.

La constitution est caractérisée par la puissance renforcée qui s'attache à ses dispositions sans qu'il y ait lieu de considérer les matières auxquelles elle s'applique ni la qualité de son auteur. Ses règles, du seul fait qu'elles sont posées en forme constitutionnelle, deviennent intangibles à l'encontre du législateur. Loi fondamentale, la constitution domine les lois ordinaires en un double sens, elle est capable d'y porter atteinte, mais elle ne peut pas être modifiée par elles; dans la hiérarchie des normes étatiques c'est elle qui a la primauté, elle est un ordre obli-

gatoire auquel toutes les autorités étatiques sont subordonnées et, au premier chef, le législateur ordinaire. Selon la doctrine traditionnelle, au contraire, la constitution tient sa force de la qualité du pouvoir constituant, initial, et hiérarchiquement supérieur à celui des pouvoirs constitués. Il s'agit alors de la supériorité d'une volonté et non de la supériorité d'une règle; si donc la puissance d'un organe quelconque égalait celle du pouvoir constituant, la constitution perdrait cette force qui forme sa raison d'être et par là la distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués s'effacerait faute d'objet.

Une telle conception explique l'empressement des auteurs à vouloir montrer que l'organisation actuelle laisse subsister la supériorité du pouvoir de révision par la spécialité de l'organe auquel il est confié. Pour nous qui ne faisons pas dépendre l'existence du pouvoir constituant de la spécialité de l'organe qui en est investi, nous n'avons pas besoin de recourir à des artifices pour croire à sa reconnaissance, comme pouvoir distinct, par les lois de 1875. Du moment qu'un organe est prévu pour poser des règles dont la puissance sera identique à la force de celles qu'elles modifieront, et que cet organe a compétence pour modifier les règles fondamentales, le pouvoir de révision existe, différent des pouvoirs constitués. Sans doute d'après l'art. 8, il est remis à une autorité constituée, mais un tel système n'entraîne nullement sa disparition comme pouvoir spécial puisque dans la création du droit, ce n'est pas la volonté de l'auteur qui importe, mais la nature des règles posées et appliquées. Or, si l'on fait abstraction des préférences envers telle ou telle méthode politique de création du

droit, rien ne saurait juridiquement empêcher que le même organe ait une double compétence : l'une pour la législation ordinaire, il décide alors dans la subordination à la règle fondamentale, l'autre pour la législation constitutionnelle, auquel cas ses décisions auront la même force obligatoire que celle de la règle qu'elles peuvent modifier. Notre constitution a été plus loin que les constitutions antérieures qui, tout en donnant une large part à l'activité du législateur ordinaire dans l'opération de revision, exigeaient soit la convocation d'une assemblée spécialement élue pour la revision, soit une ratification populaire des modifications introduites dans l'acte constitutionnel. En repoussant ces combinaisons, les membres de l'assemblée de 1871 ont fait preuve d'un louable réalisme juridique. N'attribuant pas aux modifications de l'ordre constitutionnel en vigueur une nature différente de celle des autres activités étatiques, ils ont pu remettre la revision tout entière aux mains du personnel parlementaire. Le pouvoir d'élection du peuple français n'exerce pas, sur les décisions de l'assemblée de revision, une action spéciale, différente de celle qui imprime l'orientation des débats parlementaires. Il n'y a plus, aujourd'hui, deux volontés, investies, l'une d'un pouvoir de législation ordinaire, l'autre du pouvoir constituant : il n'y a qu'une volonté unique compétente dans les deux domaines. Députés et sénateurs sont les interprètes de la volonté du pays aussi bien en matière constitutionnelle qu'en ce qui concerne la législation courante.

Toutefois, et nous concluons sur ce point, le pouvoir de revision subsiste comme pouvoir spécial. La solution consacrée par notre droit positif n'a fait

qu'abandonner une certaine conception du pouvoir de revision, celle qui, d'une façon plus ou moins avouée, l'assimilait à la puissance de fait des assemblées nées d'une agitation révolutionnaire. La rivalité des partis au sein de l'Assemblée Nationale et peut-être aussi son incertitude quant à l'opinion du pays, qui empêcha de trop faire appel à la souveraineté nationale, ont eu pour heureux effet de couper court aux déclarations de principes et de permettre la réalisation sur des bases strictement juridiques, de l'organisation de la revision. L'indépendance constituante des citoyens a été écartée comme méthode de création du droit, et c'est là un résultat qu'il n'appartient pas au juriste d'apprécier, mais en même temps la notion d'un pouvoir constituant, primaire, autonome et extérieur à l'ordre juridique, a été répudiée, et là, nous n'hésitons pas à dire que notre constitution de 1875, malgré toutes ses imperfections, sa brièveté et ses lacunes, doit demeurer un exemple de mesure et d'exactitude dans l'application du Droit. Du reste, s'il est vrai que la bonne politique n'est qu'une judicieuse application du droit, la conformité de nos lois constitutionnelles avec une juste conception de l'ordre juridique, a été le meilleur gage de leur stabilité. De toutes celles qui se sont succédées depuis 1789, elles sont les seules qui aient été revues selon la procédure qu'elles avaient prévue et, en conséquence, elles seules se sont affirmées durables.

CHAPITRE QUATRIEME

LA PROCÉDURE DE REVISION

D'APRÈS LES LOIS CONSTITUTIONNELLES DE 1875.

CHAPITRE QUATRIEME

LA PROCÉDURE DE REVISION

D'APRÈS LES LOIS CONSTITUTIONNELLES DE 1875.

Sur ce chapitre qui devrait apparemment former le centre de notre étude, nous essaierons d'être bref car la question à laquelle il touche fut, d'une part souvent traitée et, d'autre part, n'offre pas une très vaste matière à l'analyse juridique. La procédure de revision prévue par l'article 8 de la loi du 25 février 1875 est en effet fort simple. Il semble que les constituants, las d'un débat interminable, se soient mis d'accord sur un texte qui, quant aux formes prescrites, fut exempt de toute divergence d'interprétation. Aussi, ce qui est intéressant, ce ne sont pas tant les formalités prévues que les principes dont elles sont l'application. Ces principes, nous les avons déjà énoncés plus haut lorsque nous les jugions propres à expliquer la procédure. et nous nous proposons d'y revenir, en les envisageant, cette fois, comme conséquence et comme résultat des formes auxquelles les auteurs de la loi du 25 février 1875 ont cru devoir soumettre l'exercice de la revision. Ainsi ce chapitre, en ce qui touche à la procédure proprement dite, ne doit former qu'une enclave dans la suite des développements auxquels donne lieu la construction d'une théorie de la revision de nos lois constitutionnelles. Enclave nécessaire, puisqu'elle contient en quelque sorte la maté-

rialisation de la doctrine que nous exposons, mais que nous nous efforcerons de réduire à sa plus simple expression pour ne pas entraver trop longtemps le cours de notre analyse.

SECTION PREMIÈRE

Pouvoirs et rôles des Chambres quant à l'ouverture de la revision.

Nos lois constitutionnelles n'ont pas réédité les restrictions apportées par les constituants de l'époque révolutionnaire à l'exercice de la revision quant aux délais dont on entourait sa mise en œuvre. MM. Barthélemy et Duez font justement remarquer que « l'interdiction de revision pendant un certain délai essaie de faire acquérir artificiellement à la constitution le prestige d'une ancienneté qui lui permettra plus tard de lutter avec avantage contre les revisionnistes qui l'attaqueraient ». L'esprit dans lequel fut élaboré l'art. 8 explique suffisamment qu'un semblable dessein ait été écarté.

Il y avait bien une proposition tendant à enfermer le droit de revision dans un certain délai à l'expiration de chaque période septennale, mais elle fut rejetée pour le motif fort valable que lorsque le besoin d'une modification de l'organisation étatique se fait sentir, il est dangereux d'en retarder la réalisation. Du reste la vanité de pareilles limitations apparaît clairement si l'on examine l'histoire des constitutions qui les ont adoptées. Nous voyons par exemple la

constitution de 1791 emportée par une révolution alors qu'elle avait prévu tout un échelonnement de délais avant que puisse s'effectuer la revision. Il n'est pas bon d'ajourner trop longtemps une réforme impatiemment souhaitée : sous le fallacieux prétexte de lui permettre de n'être effectuée qu'après mûre réflexion, on expose l'ordre étatique tout entier aux déplorables attaques des convulsions populaires. Si la nécessité d'un changement apparaît, qu'on y procède immédiatement car nulle organisation n'est viable du jour où sa perfection est ouvertement mise en cause.

D'après l'art. 8 l'initiative du législateur n'est limitée par aucune règle en cette matière : la revision peut être opérée à n'importe quel moment. Sans doute, dans les premiers jours d'application de la constitution pouvait-on voir dans le paragraphe 4 une restriction au droit d'initiative (1). Mais, d'une part, cette disposition est depuis longtemps lettre morte (2) et d'autre part si elle conduisait à interdire aux membres du Parlement la proposition de la revision pendant cinq ans, c'est-à-dire jusqu'à l'expiration du septennat, la revision n'en était pas moins possible puisque le maréchal pouvait user de l'initiative dont la constitution lui réservait le monopole. Ainsi actuellement aucune entrave n'est apportée aux possibilités de modifier la constitution quant à l'époque où ces

(1) « Toutefois pendant la durée des pouvoirs conférés par la loi du 30 novembre 1873, à M. le Maréchal de Mac-Mahon, cette revision ne peut avoir lieu que sur la proposition du président de la République. »

(2) Cette restriction a cessé de jouer le 30 janvier 1879 par la démission du maréchal de Mac-Mahon.

changements peuvent être faits. Les résolutions par lesquelles les Chambres décident qu'il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles peuvent être prises aussi bien pendant la période des travaux législatifs que pendant les vacances parlementaires. Nous verrons du reste que cette première facilité que nous rencontrons quant à l'exercice du droit de réunion est conforme au sens général de la procédure imaginée par les lois de 1875. En cela leurs auteurs se sont montrés plus psychologues que leurs prédécesseurs de l'époque révolutionnaire : faciliter le changement c'est le rendre moins désirable et par là assurer une stabilité plus grande à l'œuvre accomplie.

Sur un autre point encore l'exemple des constitutions républicaines a été salulaire, à savoir : qui doit remplir la fonction constituante ? Plusieurs solutions s'offraient à cette question. On pouvait d'abord, en s'inspirant des précédents, réserver l'accomplissement de la revision à une assemblée spécialement élue à cet effet. Un autre système consistait à faire intervenir directement le peuple dans l'élaboration de la revision en lui en donnant soit l'initiative, soit la ratification. Enfin, on pouvait confier l'exercice du droit de revision à un pouvoir constitué. C'est en définitive à cette conception, nous l'avons vu, que se sont ralliés les auteurs de l'art. 8.

De sérieux motifs militaient pour l'exclusion des deux premiers systèmes. Réserver l'accomplissement de la revision à une assemblée spéciale, c'eût été persévérer dans la tradition néfaste de constituantes ou de conventions; il est facile à prévoir qu'une assemblée, fraîchement élue pour accomplir une œuvre aussi importante que la modification de l'acte consti-

tutionnel, soit entraînée par excès de zèle, vers des innovations dangereuses. Emportée par un idéal tout neuf, il est naturel qu'elle ne sache pas limiter son action à quelques points précis : en pareille matière le désir même de la perfection est dangereux car il risque de bouleverser sans profit l'ordre antérieur. Au contraire l'intervention du personnel parlementaire est un gage de sécurité. Députés et sénateurs apporteront à l'œuvre constitutionnelle l'esprit de la routine quotidienne et il est probable que seules les parties vraiment défectueuses de la constitution seront modifiées. Ils manqueront d'enthousiasme, certes, mais c'est un défaut excusable s'il est compensé par la pondération. D'autre part le système des constituantes, par l'élection qu'il implique, entretient dans le pays une agitation qu'il vaut mieux ne point solliciter car elle risque d'être orientée vers un but extra-constitutionnel : il est si facile de masquer l'appel au peuple d'une apparence juridique. Et aussi bien, député pour député, celui qui est élu pour l'œuvre législative ordinaire, s'il doit participer à l'œuvre constituante ne fera pas preuve d'une valeur moindre que celui qui aurait été nommé spécialement en vue de la revision.

L'intervention directe du peuple ne parut pas aux membres de l'Assemblée Nationale une solution acceptable. Le souvenir des plébiscites constituants de la période impériale était encore présent dans toutes les mémoires et rendit ce système indésirable. Restait donc seulement la possibilité de remettre l'exercice de la revision à l'organe déjà investi de la fonction législative, et c'est cette thèse qui, en fait, fut consacrée par le vote de l'assemblée.

§ 1^{er}. — *De l'initiative de la revision.*

L'art. 8 partage l'initiative de la revision entre les membres des Chambres et le président de la République. L'alinéa 4 de ce texte apportait une restriction importante à l'initiative du Parlement mais nous avons vu que cette disposition ne présente plus qu'un intérêt historique (1), et aujourd'hui les Chambres ont l'initiative de la revision au même titre que le président de la République. Quelle que soit l'autorité dont émane la proposition, elle doit être précédée d'un exposé des motifs contenant les raisons qui nécessitent, selon l'auteur de la proposition, la modification des lois constitutionnelles, et les textes qui seront soumis au vote de l'Assemblée Nationale. Mais seul

(1) Cette clause constituait une compensation pour les membres de la droite qui votaient la Constitution. En effet, se rendant compte de l'impossibilité, momentanée croyaient ils, de restaurer la royauté, le parti monarchiste trouvait, du moins dans le paragraphe 4 de l'article 8, une assurance que la Constitution ne serait pas modifiée dans un sens qui anéantirait leurs espoirs. D'autre part, cette disposition semblait bien indiquer que la Constitution, dépendant de la volonté du maréchal, n'avait rien de définitif; c'était, comme on l'a dit, la Constitution du Septennat. Le discours du général de Chabaud-Latour, le 6 février 1875 (*J. O.*, 1875, premier trimestre, p. 515) était significatif en ce sens : « ...Pendant six ans et sans qu'aucune compétition puisse se produire, le Gouvernement de la France est celui du maréchal de Mac-Mahon, président de la République... » Plaçant sa dernière chance en la personne du maréchal, la droite espérait qu'il saurait choisir le moment propice pour proposer une revision dans un sens monarchiste et la faire admettre par la Chambre. L'engagement pris par Mac-Mahon de ne pas demander la revision devait effacer ce dernier espoir. Cf. Dugué, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., t. III, p. 658.

le dispositif de la proposition touchant l'opportunité de la revision pourra être mis aux voix. Le Parlement ne peut laisser préjuger de son sentiment quant au sens selon lequel le congrès aura à remplir son œuvre. Cette question tranchée, occupons nous d'abord d'une initiative émanant du président de la République.

L'art. 8, § 1^{er} dit : « Les Chambres auront le droit... sur la demande du président de la République, de déclarer qu'il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles ». Il résulte de ce texte que la seule signature du chef de l'Etat ne suffit pas, il faut que la demande de revision soit formée en son nom; le projet doit en outre porter le contre-seing du président du Conseil et celui du Garde des Sceaux. La question qui, dès lors, se pose, est celle de savoir devant quelle Chambre le gouvernement devra présenter d'abord son projet, et devant laquelle il le défendra en premier lieu.

Il ne semble pas qu'il y ait sur ce point une réponse absolue. C'est une question d'opportunité dont le gouvernement est seul juge. On a prétendu que, la constitution ayant exigé des délibérations séparées et un vote spontané dans chaque Chambre lorsque l'initiative émane d'un membre du Parlement, le gouvernement devait respecter cette indépendance en saisissant simultanément les deux Chambres. En effet, dit-on, si les Chambres sont saisies successivement, la décision de celle qui aura discuté la première le projet pèsera sur les délibérations de la seconde. Cet inconvénient peut être très réel mais nous ferons remarquer avec M. Arnoult « qu'il n'est pas

(1) Arnoult. *Op. cit.*, p. 247.

évité par un dépôt simultané du projet gouvernemental sur le bureau des deux assemblées. On aura beau les saisir à la même heure, à la même minute, rien n'empêchera l'une des deux d'aller plus vite que l'autre et par conséquent de peser sur ses décisions » (1). Ainsi le gouvernement pourra adopter la solution qu'il juge la plus politique. De même il pourra défendre son projet pour la première fois devant l'une ou l'autre Chambre. Sans doute, on pourra faire valoir que le rôle conservateur du Sénat exige que la discussion s'ouvre en premier lieu à sa tribune, mais ce serait là un privilège dérisoire puisqu'en définitive la décision de la Chambre des députés n'en sera pas moins décisive. L'indépendance du gouvernement est donc complète, mais nous devons constater que c'est une bien maigre compensation à l'exiguité du rôle de l'exécutif durant l'opération de revision.

Quant à l'initiative émanant des Chambres elle est soumise aux mêmes règles que celle d'une loi ordinaire. Après examen de la proposition par la commission de revision des lois constitutionnelles, celle-ci dépose son rapport et la discussion commence. Mais où la différence apparaît entre l'adoption d'une proposition de loi et celle d'une résolution portant qu'il y a lieu de reviser la constitution, c'est lorsque l'on considère les conséquences du vote. En effet, alors qu'en matière de législation ordinaire le président de l'assemblée qui a adopté une proposition de loi la transmet au président de l'autre assemblée, l'art. 8, § 1^{er} déclare que, si l'initiative émane du Parlement, c'est *spontanément* que les Chambres doivent déclarer qu'il y a lieu à revision. Le sens de cette disposition qui pourrait prêter à équivoque n'est plus discuté

aujourd'hui; elle signifie simplement que c'est à chaque Chambre séparément qu'il appartient d'adopter la résolution de revision. Il n'y a pas lieu, comme c'est le cas pour la législation ordinaire, de soumettre aux délibérations d'une assemblée la décision prise par l'autre; le vote de la Chambre des députés n'exige pas l'examen de la disposition par le Sénat et inversement. Jusqu'à l'accord qui doit intervenir entre les deux Chambres, il n'existe que deux résolutions distinctes. En effet le texte de la constitution serait transgressé, il n'y aurait pas délibérations séparées si, comme le dit Duguit, « l'une des Chambres se trouvait saisie d'une proposition de revision par le renvoi du texte de la résolution votée par l'autre Chambre » (1).

Qu'il s'agisse de résolutions émanant de l'initiative parlementaire ou de l'initiative gouvernementale, elles ne lient que la Chambre qui les a adoptées, l'autre est libre de n'en pas tenir compte ou de prendre à son tour, en toute indépendance, l'initiative de la revision. Par conséquent le ministère n'est pas tenu de faire l'agent de liaison entre les deux assemblées comme c'est son rôle en matière de législation ordinaire. Cette doctrine fut mise en lumière par M. de Freycinet et sanctionnée par le vote de confiance qu'elle lui attira (2). « Les décisions en vertu desquelles le Congrès peut être réuni, a-t-il déclaré, n'ont à aucun degré le caractère d'un projet de loi qui doit être discuté successivement dans chacune des deux

(1) Duguit. *Traité de Droit constitutionnel*, 2^e éd., t. IV, p. 532.

(2) Chambre des Députés, séance du 6 février 1882. *J. O.*, du 7, p. 87. Voir dans le même sens Duguit. *Op. cit.*, p. 532.

branches du Parlement. La constitution n'a pas voulu, pour la préparation d'un acte aussi capital que la revision, que les choses se passassent dans les formes ordinaires. Elle a voulu que chaque Chambre, saisie directement, soit par l'initiative du gouvernement, soit par celle de ses propres membres, prit une résolution sur laquelle l'autre Chambre n'a pas à se prononcer : par conséquent le gouvernement n'a pas mandat, n'est pas dans l'obligation de faire ce que vous demandez. Je dis même que le gouvernement manquerait gravement de respect envers celle des deux Chambres pour laquelle il le ferait, et qu'il n'a pas le droit d'aller soumettre votre résolution à la discussion du Sénat... ».

Cependant si l'indépendance des Chambres en matière de revision s'oppose à ce que le gouvernement saisisse officiellement une Chambre de la décision de l'autre, elle n'empêche nullement que la seconde Chambre soit informée officiellement du vote émis par la première. Au cas où aucun membre de la seconde Chambre n'aurait porté à la tribune de son assemblée la question qui fait l'objet d'un débat dans l'autre moitié du Parlement, une lettre du président de l'assemblée qui a pris la résolution à celui de la Chambre qui, jusque là, n'a encore rien décidé, suffira à jouer ce rôle d'informatrice. MM. Barthélemy et Duez donnent l'analyse exacte de l'intervention du président de la première Chambre en disant qu'il « peut écrire au président de l'autre Chambre, non pour le saisir, mais seulement pour l'informer. Le président ainsi informé n'ordonne pas l'impression du vœu, sa distribution et son renvoi à une commission. Cette seconde Cham-

bre n'est pas saisie par cette lettre, elle ne le sera que par une initiative nouvelle d'un de ses membres ou du gouvernement » (1).

§ 2. — *De la déclaration portant qu'il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles.*

L'emprise du pouvoir législatif sur la fonction de revision apparaît en cette matière. Aux termes de l'art. 8, § 1^{er}, c'est aux Chambres qu'il appartient de déclarer qu'il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles. Le gouvernement peut prendre l'initiative de la revision, mais c'est en définitive au Parlement qu'il appartiendra de la permettre ou de l'interdire. Cette décision doit être prise dans chaque Chambre séparément, et en outre, « à la majorité absolue des voix ». Il nous faut voir ce que l'on doit entendre par cette expression car sur le calcul de cette majorité les interprètes ne sont pas d'accord.

En effet, il peut paraître, au premier abord, étonnant que les membres de l'Assemblée de 1871 aient introduit dans leur texte une formule qui ne fait qu'exprimer la règle générale. Ainsi que le fait remarquer M. de Bousquet de Florian, « le vote de tout projet de loi exige en effet fatalement une majorité absolue, c'est-à-dire la moitié plus un des suffrages exprimés » (1). Dès lors s'il s'agissait de cette majorité ordinaire pourquoi aurait-on jugé bon d'en faire mention ? D'où notre auteur conclut qu'on avait en

(1) Barthelemy et Duez. *Précis de Droit constitutionnel*, 1926, p. 689.

(1) De Bousquet de Florian. *Op. cit.*, p. 112.

vue une majorité exceptionnelle. Ce raisonnement nous paraît erroné. Nous croyons en effet que le rappel de la règle générale était nécessaire pour empêcher une confusion éventuelle avec la majorité spéciale requise par le § 3 du même article. Ce texte stipule que « les délibérations portant revision des lois constitutionnelles... devront être prises à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée Nationale ». Il s'agit bien là d'une majorité plus forte que celle qui est requise pour le vote des lois ordinaires, mais rien n'engage à conclure que pareille exigence soit étendue au vote par les Chambres de la déclaration portant qu'il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles. Au contraire, en rappelant la règle générale, les constituants ont spécifié que la majorité requise dans ce dernier cas était la majorité absolue ordinaire. Du reste cette conclusion est nettement confirmée par les paroles prononcées à l'Assemblée Nationale par M. Baragnon. S'opposant à la majorité spéciale exigée par le § 3, il fit ressortir le sens de la disposition qui nous occupe. « Lorsque les Chambres, déclara-t-il, d'après le système de la commission, délibèrent séparément pour savoir s'il y a lieu à reviser, leur décision doit être prise dans chacune à la majorité absolue des voix; au contraire, lorsque les deux Chambres réunies après leur première délibération particulière... forment l'Assemblée Nationale chargée de statuer sur la revision elle-même... je vois d'après le texte que la décision doit être prise à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée Nationale. Il ne s'agirait donc plus cette fois de la simple majorité des votants comme dans nos délibérations habituelles, mais d'une majorité nouvelle,

à savoir la majorité absolue des membres composant la totalité de l'Assemblée Nationale » (1).

Ainsi sur la question de la majorité requise pour que la déclaration portant qu'il y a lieu de reviser la constitution soit valablement votée nous devons nous en tenir au droit commun, et aussi bien c'est la solution qui est communément admise.

Mais alors étant donné l'indépendance des deux Chambres, il se peut que l'une d'elle ait adopté une résolution de revision alors que l'autre n'a pas encore pris l'initiative ou que cette initiative ait conduit à une résolution différente de celle émise par la première Chambre. Il faut alors se demander si la décision de celle-ci est valable indéfiniment ou si son consentement à la revision n'est donné que pour un temps. Dans son manuel de droit constitutionnel, Saint-Girons apporte une réponse qui nous paraît tenir suffisamment compte du caractère d'opportunité que doit présenter la solution de cette question. « Nulle part, dit-il, nous ne trouvons la nécessité de formules adoptées simultanément. Les délibérations doivent être séparées et prises soit spontanément par les Chambres, soit sur l'initiative du gouvernement. Mais rien n'empêche ce dernier de s'emparer d'un vote de revision fait par le Sénat ou par la Chambre, de le faire approuver par l'autre Chambre et de provoquer la réunion du Congrès. Il faut reconnaître toutefois que le vote antérieur pourrait être retiré jusqu'à cette réunion. Le temps n'amènerait donc pas à lui seul péremption du premier vote. Il

(1) Cf. dans le même sens A. Devin. *Commentaire de la Constitution de 1875*, p. 97.

subsisterait tant qu'il ne serait pas formellement retiré, comme il arrive d'ailleurs pour les lois ordinaires. La doctrine contraire est d'un arbitraire évident, car rien dans la constitution, ne permet de fixer le laps de temps requis pour cette péremption. Elle n'a pas d'utilité certaine. Enfin elle expose la validité des revisions à des controverses dangereuses pour le pays. Il y aura là une simple question de loyauté parlementaire, mais non de droit constitutionnel » (1). Etant donnée la procédure devant chaque Chambre prévue par la constitution, il ne faut pas s'attendre à la simultanéité de l'adoption des formules de revision par les deux assemblées qui délibèrent et statuent séparément. Savoir si la décision prise la première est encore valable quand l'autre Chambre vote la déclaration, ce n'est pas, comme le faisait remarquer Saint-Girons, une question de droit constitutionnel. C'est une question d'appréciation des circonstances qui ne comporte pas de solution absolue. Pour la résoudre il conviendrait d'examiner toutes les hypothèses qui peuvent se présenter; ce serait un travail inutile car les circonstances n'étant jamais les mêmes, il serait impossible d'en tirer une règle générale pour l'avenir (2). Qu'il nous suffise de dire qu'en principe le vote de la première Chambre garde toute son efficacité jusqu'au jour où la seconde Chambre se prononce sur la question de la revision (3), mais aussi

(1) Saint-Girons, cité par Arnoult. *Op. cit.*, p. 255.

(2) Voir cependant l'examen de quelques-unes de ces hypothèses par Arnoult. *Op. cit.*, p. 256.

(3) Il y aurait lieu toutefois de réserver le cas où, entre le vote d'une résolution par la Chambre et un vote dans le même sens du Sénat, des élections générales sont venues renouveler la Chambre.

que la revision étant souvent une question d'opportunité, il se peut qu'après avoir été admise elle devienne inutile ou même dangereuse; dans ce cas il nous semble qu'il faut considérer le vote de la première Chambre comme tacitement repris, et la « continuité de l'accord » entre les deux Chambres comme rompu.

Supposons que les circonstances aient été telles que rien ne permette de dire que le vote de la première Chambre a été retiré avant que l'autre assemblée se décide à la revision. Pour que l'Assemblée Nationale se réunisse, il faut encore une autre condition, à savoir que les résolutions votées dans les deux Chambres soient conçues dans les mêmes termes. Quoi qu'en dise M. Arnoult, cette condition ne préjuge en rien la question de l'étendue des pouvoirs de l'Assemblée Nationale. L'accord des Chambres est nécessaire pour que la revision puisse avoir lieu et il suffit qu'il existe sur l'utilité d'une modification constitutionnelle. Que, par surcroît, chaque assemblée précise les points sur lesquels elle estime que devra porter la revision, une telle disposition ne liera pas l'Assemblée Nationale. Aussi il nous semble que M. Arnoult émet un avis des plus discutables lorsqu'il écrit : « Nous savons bien que poser cette question (au sujet de la conformité des votes) c'est admettre la théorie de la limitation préalable de la revision par les Chambres » (1). Cette corrélation entre la nécessité d'un accord des deux assemblées législatives sur les termes de la déclaration demandant la revision et la limitation des pouvoirs du Congrès ne nous semble pas aussi évidente. Il y a là une confusion qu'il faudra éclaircir quand nous

(1) Arnoult. *Op. cit.*, p. 257.

étudierons l'étendue des pouvoirs de l'Assemblée Nationale. Pour qu'elle se réunisse l'art. 8 demande seulement aux Chambres de « déclarer qu'il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles ». Il exige une conformité de désir mais non un accord sur la portée de l'œuvre de revision. C'est pourquoi nous voyons Duguit, partisan convaincu des pouvoirs illimités de l'Assemblée Nationale, déclarer que « quelle que soit la manière dont les Chambres sont saisies d'une proposition de revision, soit par le gouvernement, soit par leurs membres, il faut, pour que l'Assemblée Nationale se réunisse, que les résolutions votées par les deux Chambres soient conçues dans les mêmes termes. Sans doute ce n'est pas une loi; mais certainement dans la pensée du législateur de 1875, il faut que ces résolutions soient identiques, il faut l'accord des Chambres » (1). En parlant ainsi, Duguit ne songe pas un instant à limiter les pouvoirs du Congrès par les résolutions des Chambres; il ne fait qu'exposer la condition d'un consentement unanime du Parlement mise par l'art. 8, § 1^{er} à la convocation de l'Assemblée Nationale.

Nous pourrions maintenant parler du contenu de la déclaration portant qu'il y a lieu de reviser la constitution, mais il nous paraît que les développements relatifs à cette question seront mieux à leur place dans l'étude que nous ferons de l'étendue des pouvoirs du Congrès. Nous verrons alors que, faute d'avoir une notion précise de ce que doit être le contenu de cette déclaration, toute une partie de la doctrine soutient qu'elle limite la puissance de l'Assemblée Nationale. Nous essaierons de prouver, au con-

(2) Duguit, *Op. cit.*, 2^e éd., t. IV, p. 540.

traire, qu'en déterminant le dispositif de la résolution de revision ainsi que l'art. 8 le conçoit manifestement, la portée de l'œuvre constituante n'est en rien restreinte.

Toute autre est la question de savoir si la déclaration portant qu'il y a lieu de modifier la constitution peut porter sur l'ensemble de celle-ci ou seulement sur une partie déterminée. Sans doute elle est étroitement liée à celle de savoir si le Congrès doit être considéré comme subordonné aux résolutions des Chambres, car si on admet l'omnipotence de l'Assemblée Nationale, on doit lui reconnaître le droit de procéder à une revision totale. Cependant la question de la portée possible du vœu des Chambres reprend toute son indépendance si on tient pour la soumission du Congrès au vote des Chambres et c'est pourquoi nous croyons plus logique de l'étudier ici en la séparant du problème de l'étendue des pouvoirs de l'Assemblée Nationale.

La loi du 25 février 1875 dans son art. 8, § 3 exprime avec clarté que la revision peut être soit partielle, soit totale. « Les délibérations portant revision des lois constitutionnelles en tout ou en partie... » dit-elle, et ces termes ne semblent pas permettre de doutes quant à la possibilité d'une revision totale. Cependant, s'appuyant sur des arguments tirés de l'intention des auteurs de la constitution, certaines théories contestent aux Chambres le droit de demander une revision totale sous prétexte « que la revision d'ensemble c'est la révolution et qu'une constitution ne peut pas écrire la révolution dans ses textes » (1).

(1) L'expression est de MM. Barthelemy et Duez. *Op. cit.*, p. 690.

C'est en effet l'opinion que professe Esmein. Tout en admettant la possibilité d'une résolution portant revision intégrale, il trouve qu'une pareille législation est singulière car, dit-il, « lorsqu'un changement se produit dans la forme essentielle de l'Etat, de quelque façon qu'il s'opère, c'est une révolution : et si... la loi est impuissante à empêcher une pareille révolution lorsque les faits l'ont préparée et rendue inévitable, elle ne doit point y inciter en quelque sorte les esprits, en mettant à l'ordre du jour des assemblées, ces changements possibles » (1). Nous croyons, au contraire, que si des révolutions se sont produites c'est parce que la possibilité de changer la forme du gouvernement par les procédés légaux n'avait pas été rendue suffisamment aisée par la procédure de revision en vigueur. Sans doute les mouvements populaires ont une tendance à se passer des formes légales, mais ne serait-ce que pour leur supprimer tout prétexte, les constitutions doivent prévoir leur changement total. Il n'est pas contradictoire d'inscrire dans la constitution la permission de demander un changement de la forme de l'Etat que « le peuple a choisi mûrement pour y abriter le développement de sa vie nationale ». Ce qui est vain, c'est de croire que le besoin d'un renouvellement total ne se fera jamais sentir du fait qu'on l'aura rendu impossible dans le cadre de l'ordre statutaire en vigueur.

M. Arnould, sur ce point, professe une doctrine incertaine. Il paraît se rallier à la possibilité d'une revision totale, mais à condition qu'elle ne change rien.

(1) Esmein. *Eléments de Droit constitutionnel*, 7^e éd., t. II, p. 501.

« Le droit de revision, dit-il, permet certainement de modifier la constitution dans son ensemble pour la perfectionner. Mais qu'on puisse user de ce droit consacré par la constitution pour la détruire, qu'on puisse ainsi retourner contre la constitution une arme fournie par elle, ce sont là des prétentions que nous ne saurions admettre ». Et plus loin le même auteur conclut en rapprochant l'intention des républicains de vieille date « qui votèrent l'art. 8 de celle des républicains de 1848. Peut-on soutenir que les républicains de 1848 aient entendu, dans l'art. 111, par les mots « en tout ou en partie », permettre le changement d'une forme de gouvernement qu'ils venaient de qualifier de définitive ? N'est-il pas certain, au contraire, que dans leur pensée la forme du gouvernement était au-dessus de la revision. Revision totale, ils prenaient ces mots avec leur sens naturel : c'était la possibilité d'une correction, d'une réforme générale. Mais corriger n'a jamais voulu dire détruire, et une réforme, même générale, ne supprime pas nécessairement le fond même de l'institution. Telle était l'intention des républicains de 1848. Telle fut aussi celle des républicains de 1875 » (1).

Certes, ces considérations témoignent d'un souci de l'ordre qui honore leur auteur mais il est bien difficile de préciser où s'arrête la correction et où commence l'atteinte « au fond même de l'institution ». On conçoit difficilement qu'une revision totale soit possible alors que la forme du gouvernement ne peut pas être mise en cause : les partisans du régime en vigueur pourront toujours alléguer que la réforme

(1) Arnould. *Op. cit.*, p. 280 et suiv.

proposée lui porte atteinte. Aussi croyons-nous plus exact d'admettre la revision totale sans condition.

Cette solution se recommande du reste par des raisons convaincantes. D'abord le § 3 de l'art. 8 la confirme sans restriction. Ensuite elle est commandée par l'esprit même dans lequel fut rédigé la constitution, que tous les membres de l'Assemblée Nationale, aussi bien les monarchistes que les républicains, considéraient comme devant être remaniée de fond en comble, les uns pour la remplacer par une Charte monarchique, les autres pour établir la République sur des bases plus solides. Cette tendance fut clairement exprimée par M. Paris, au nom de la commission des lois constitutionnelles. « Puisqu'on désire, affirma-t-il, une déclaration plus complète, plus catégorique, nous ajoutons... qu'en disant : « il pourra être procédé en « totalité ou en partie à la revision de la constitution », nous entendons formellement que toutes les lois constitutionnelles, dans leur ensemble, pourront être modifiées, que la forme même du gouvernement pourra être l'objet d'une revision; il ne peut, il ne doit y avoir à cet égard aucune équivoque » (1).

Enfin la revision totale fut admise dans la pratique. Les propositions de résolutions visant l'ensemble des lois constitutionnelles n'ont pas été arrêtées par la question préalable. C'est ainsi qu'une proposition de cette sorte déposée devant la Chambre le 27 février 1925 par M. J.-L. Bonnet fut renvoyée à la commission du suffrage universel.

La question semble s'être compliquée du fait que lors de la revision de 1884 un paragraphe fut ajouté

(1) Ass. Nat., séance du 3 février 1873, *J. O.* du 4, p. 933 et suiv.

à l'art. 8, décidant « que la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de revision ». Nous aurons l'occasion de revenir plus longuement sur cette disposition, toutefois disons dès maintenant que nous ne pouvons admettre l'opinion des auteurs qui, comme MM. Barthélemy et Duez, professent qu'en conséquence de ce texte « un vœu de revision portant sur la forme républicaine du gouvernement doit être écarté *de plano*, par la question préalable, par la Chambre devant laquelle il serait porté » (1). En effet, ce texte consacre simplement le fait que la République est le régime définitif de la France, son dispositif ne constitue qu'un vœu « sans force juridique obligatoire pour les successeurs des constituants et pour les générations futures ». Du reste MM. Barthélemy et Duez, semblent admettre dans une autre partie de leur traité, cette solution. Ils écrivent en effet : « Du strict point de vue juridique, ce procédé est manifestement sans valeur puisqu'il consacre, en somme, l'intangibilité absolue d'une partie de la constitution » (2). Sans doute, pour échapper à la contradiction, ces auteurs diront-ils que, bien que ce texte ne présente pas d'obligation absolue, la proposition devra respecter les formes et la procédure, et demander, non le changement de la forme du gouvernement, mais la revision de l'art. 8 tel qu'il a été complété en 1884. Mais du moment que MM. Barthélemy et Duez admettent que le vœu de revision limite la compétence de l'Assemblée Nationale, et que, d'autre part, ils décident que « si les Chambres émettaient le vœu général qu'il y a lieu de reviser les lois

(1) Barthélemy et Duez. *Op. cit.*, p. 691.

(2) Barthélemy et Duez. *Op. cit.*, p. 226.

constitutionnelles, la forme républicaine du gouvernement en serait tacitement exclue » (1), ils sont nécessairement conduits à reconnaître que le paragraphe qui fut adjoint à l'art. 8 en 1884 prend une force obligatoire absolue puisqu'il n'y aura dès lors aucun moyen de mettre en cause la forme républicaine du gouvernement.

Nous nous excusons d'une critique aussi pointilleuse : il s'agissait simplement de mettre en relief l'inefficacité de la disposition introduite en 1884 dans nos lois constitutionnelles. Aussi bien MM. Barthélemy et Duez ne songent pas à le contester. « On commettrait d'ailleurs une erreur profonde, disent-ils, si on soumettait à une analyse et à une appréciation strictement juridique, un texte qui a surtout une valeur politique » (2).

Une dernière question se pose avant la réunion des Chambres en Assemblée Nationale. Les deux Chambres ayant pris chacune séparément une décision conforme relative à la nécessité de la revision, ce double vote entraîne-t-il *ipso facto* la revision du Congrès, ou bien le président de la République peut-il conformément au droit que lui donne l'art. 7 de la loi du 16 juillet 1875, « par un message motivé, demander aux deux Chambres une nouvelle délibération ? ». Plusieurs considérations nous font pencher vers l'application de cette disposition. En premier lieu, le texte relatif à la revision étant antérieur à la loi du 16 juillet 1875, il semble que les constituants, s'ils avaient envisagé la possibilité d'une nouvelle délibération, en auraient fait mention au cours de l'art. 8.

(1) Barthélemy et Duez. *Op. cit.*, p. 697.

(2) Barthélemy et Duez. *Op. cit.*, p. 691.

D'autre part il convient de remarquer que cette remise en question de la loi doit s'exercer « dans le délai fixé pour la promulgation », or en la matière qui nous intéresse il n'y a pas de promulgation parce qu'il n'y a pas de loi. Il s'agit de simples résolutions donc l'art. 7 en question est inapplicable. Le président de la République se verrait donc, à juste titre, opposer un refus s'il exigeait une nouvelle délibération. Les résolutions de revision ne constituant pas une loi, elles n'ont pas besoin d'être promulguée pour recevoir exécution, par conséquent dès qu'elles sont votées par les deux Chambres le président du Sénat est tenu de convoquer les membres de l'Assemblée Nationale.

Nous voici arrivés au moment où la réunion de l'Assemblée Nationale résulte fatalement de l'accord des Chambres. Séparées lorsqu'elles avaient à statuer sur l'opportunité de la revision, elles vont se réunir en une assemblée unique qu'il nous faut maintenant étudier.

SECTION DEUXIÈME

L'Assemblée Nationale en tant qu'organe constituant.

§ 1^{er}. — *Composition et fonctionnement de l'Assemblée Nationale.*

Il semble au premier abord que la question de la composition de l'Assemblée Nationale soit simple. En

effet nous lisons dans l'art. 8, § 2 de la loi du 25 février 1875 qu'après que chacune des deux Chambres aura pris la résolution de reviser la constitution, « elles se réuniront en Assemblée Nationale pour procéder à la revision ». Donc celle-ci est composée par la réunion des sénateurs et des députés. C'est ce que fait observer Esmein lorsqu'il dit : « Les sénateurs et les députés prennent momentanément une qualité complémentaire, celle de membres de l'Assemblée Nationale » (1). Mais une telle remarque permet-elle de conclure, comme le fait cet auteur, « que les membres de l'Assemblée Nationale ne perdent pas, en y entrant, leur qualité de sénateur ou de député » ? Telle est la question que nous nous proposons d'examiner et au sujet de laquelle des divergences se sont produites dans la doctrine.

Loin de ne présenter qu'un intérêt théorique, la solution que l'on préconise a une portée pratique considérable. Nous verrons en effet, lorsque nous étudierons les rapports entre les Chambres et l'Assemblée Nationale, qu'une importante controverse s'est élevée à propos de l'exercice du droit de dissolution par le président de la République. Les auteurs le lui accordent ou le lui refusent selon qu'ils voient dans l'Assemblée Nationale la fusion des Chambres conservant leur individualité ou seulement la réunion d'individus que ceux qui composent le Sénat et la Chambre des députés. Or, si l'on admet que les membres de l'Assemblée Nationale ne perdent pas en y entrant leur qualité de sénateur ou de député, il est manifeste que les deux thèses que

(1) Esmein, *Op. cit.*, 7^e éd., t. II p. 561.

nous venons d'exposer n'auront plus de raison d'être. En effet, la dissolution de la Chambre des députés atteint non seulement la Chambre dans son ensemble, mais encore chaque député auquel elle apporte sa révocation; si donc on considère que les membres de l'Assemblée Nationale ont conservé leur qualité de sénateur et de député, il est clair que la dissolution de la Chambre retirera aux députés le droit de siéger à l'Assemblée Nationale et cela, quelle que soit la théorie admise quant aux rapports entre l'Assemblée et les Chambres. En effet, du moment que c'est la qualité de député qui est visée, peu importe que l'Assemblée Nationale soit comprise comme la fusion des Chambres ou comme la réunion de leurs membres : dans l'un et l'autre cas la dissolution de la Chambre impliquera indirectement celle de l'Assemblée par la privation de la majorité de ses membres.

On voit, par l'exposé de telles conséquences, l'intérêt qui résulte de la détermination du titre auquel siègent les membres de l'Assemblée nationale. M. Carré de Malberg note que cette question ne saurait être résolue que par une distinction « entre la qualité en laquelle les députés ou les sénateurs entrent à l'Assemblée Nationale et la qualité en laquelle ils y siègent un fois cette assemblée formée ».

Il est bien certain tout d'abord que c'est en tant que députés et sénateurs que les membres du Parlement forment, par leur réunion, l'Assemblée Nationale. Le critérium auquel la constitution s'est attaché pour déterminer les membres du congrès est en effet leur qualité de membres des Chambres. Mais est-ce à dire qu'ils demeurent avec ce caractère une fois que l'Assemblée

est formée ? Ici encore une distinction s'impose selon le rôle dans lequel on les envisage. La réunion de l'Assemblée, le voyage à Versailles, n'ont pas pour effet de faire disparaître les qualités de sénateur ou de député, seulement, au sein de l'Assemblée ils prennent un titre nouveau, celui de membre de cette assemblée. Dans l'exercice de la fonction constituante les membres de l'Assemblée n'ont juridiquement que ce caractère; mais lorsque, pendant la session de revision, les mêmes individus se réunissent dans leurs Chambres respectives pour exercer la fonction législative, alors, mais alors seulement, ils jouissent de la qualité de sénateur ou de député. Ces deux qualités existent côte à côte sans qu'on puisse jamais les cumuler dans l'exercice de la même fonction, et c'est sur ce point que l'analyse d'Esmein est erronée lorsqu'il dit qu'au sein de l'Assemblée Nationale, les membres des deux Chambres « prennent une qualité nouvelle et complémentaire ». Cette qualité ne s'ajoute pas à celle de député ou de sénateur pour la raison suffisante que pendant les séances du Congrès, il n'y a que des membres de l'Assemblée Nationale. En somme il s'agit là d'une distinction, délicate certes, mais qui n'est pas unique dans notre droit public. Nous voyons en effet à l'intérieur du Conseil d'Etat des membres qui possèdent tout à tour le caractère d'administrateur et celui de juge sans que jamais ils puissent cumuler ces deux titres. Ils revêtent l'un ou l'autre selon la fonction dont ils assurent l'exercice (1). Avec sa maîtrise d'expression coutumière,

(1) On pourrait aussi rappeler comme le fait M. Carré de Malberg, le cas de l'élection des sénateurs qui, bien que nommés par les conseillers généraux, les conseillers d'arrondisse-

M. Carré de Malberg résume cette distinction en disant, à propos des membres de l'Assemblée Nationale : « Leur qualité de membres des Chambres est bien le titre qui leur a assuré le droit d'entrer à l'Assemblée Nationale : mais, de même que cette Assemblée est un corps distinct des Chambres, de même aussi les membres qui la composent se mêlent entre eux et se confondent en elle; et par conséquent, ils y dépouillent, une fois entrés, la qualité spéciale en laquelle ils y avaient eu accès, encore qu'ils conservent cette qualité au dehors » (2).

Cette question de principe étant, croyons-nous, tranchée, revenons à la procédure suivie durant les séances de l'Assemblée de revision.

C'est au président du Sénat, en tant que président désigné de l'Assemblée Nationale, qu'il appartient de convoquer les membres du Congrès. Il procède à cette convocation par un avertissement verbal aux sénateurs, ses collègues, et pour les députés, au moyen d'une lettre adressée au président de la Chambre dont celui-ci donne lecture en séance. De plus, les questeurs des deux assemblées envoient aux membres du Parlement une convocation individuelle. Sans être enfermé dans aucun délai le président du Congrès doit convoquer celui-ci le plus rapidement possible après que sa réunion a été décidée par l'accord des Chambres.

ment les délégués des conseils municipaux ne sont point les représentants du département ou de la commune, mais les élus de la nation tout entière, car les électeurs ne votent pas en la qualité qui les a fait admettre un collège électoral, mais en celle de « fonctionnaires électoraux agissant pour le compte de la nation.

(2) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 565.

La loi du 23 juillet 1879, art. 3, § 2, fixe le lieu où devra se réunir l'Assemblée. Cette loi, qui transportait à Paris le siège des pouvoirs publics, a tenu à laisser à Versailles l'honneur de recevoir l'Assemblée Nationale. On a beaucoup épilogué sur les motifs d'une semblable mesure; on a voulu y voir le désir d'assurer aux délibérations de l'Assemblée le calme et la sécurité que l'effervescence rapide de la population parisienne ne permettait pas, croyait-on, de procurer à une assemblée siégeant dans la capitale. Pour d'autres, le choix de Versailles fut plus prosaïquement décidé en raison de l'impossibilité de trouver ailleurs une salle capable de contenir neuf cents individus. Ces raisons importent peu : le choix de Versailles s'imposait si l'on voulait conserver à un pouvoir constituant un caractère distinct de celui mis en œuvre par les autres autorités étatiques. Aussi bien c'est sur le faste et l'apparat solennel d'une réunion dans l'ancienne résidence royale plutôt que sur des principes et un raisonnement juridiques que certains auteurs construisent la théorie du pouvoir constituant. Nous avons vu ce qu'il faut penser de cette tentative et nous ne pouvons que noter ici ce bien curieux retour des choses : c'est au prestige d'un régime déchu que l'on demande d'étayer les fondements du régime qui lui succéda ! Toutefois le siège de l'Assemblée Nationale n'étant pas fixé par une loi constitutionnelle, une loi ordinaire pourrait le transporter ailleurs.

L'Assemblée se réunit dans la salle de la Chambre des députés, dans l'aile sud du château; c'est au questeur de la Chambre des députés qu'il appartient de prendre toutes les mesures matérielles nécessaires

pour que la salle soit aménagée comme il convient. Les frais sont couverts par un prélèvement effectué sur l'indemnité des députés et des sénateurs. Les mesures propres à assurer la sécurité de l'Assemblée et le calme de ses délibérations incombent à son président qui peut nommer en toute liberté le chef militaire du Congrès.

En ce qui concerne la police intérieure des séances, nos assemblées de revision ont adopté le règlement de l'Assemblée Nationale de 1871 (1) qui remet au président le droit de prononcer ou de provoquer des peines disciplinaires contre les membres dont l'exubérance se serait montrée incompatible avec la dignité des délibérations.

Notons enfin que le bureau de l'Assemblée Nationale est constitué par les président, vice-présidents et secrétaires du Sénat (art. 11, § 2, loi du 16 juillet 1875). On a voulu voir dans cette disposition une mesure de protection à l'égard du Sénat et en quelque sorte une compensation à son infériorité numérique. Il nous semble plutôt qu'elle fut dictée par le désir

(1) Remarquons qu'il ne s'agit là que d'une coutume; elle ne s'impose pas aux Congrès à venir qui gardent toute liberté quant à la fixation de leur règlement. Le règlement ne vaut que pour l'assemblée qui en est l'auteur et il faut un vote préalable pour qu'il reste en vigueur à chaque nouvelle réunion de l'assemblée. Lors de la revision d'août 1926, on a jugé bon, pour empêcher le renouvellement d'incidents qui avaient troublé l'adoption du règlement en 1884, de le compléter par quelques dispositions copiées sur le règlement de la Chambre. On adopta un amendement de M. Morinaud ainsi conçu : « Lorsque la question préalable est posée un seul orateur est admis à la combattre et un seul à la soutenir. Chacun de ces deux orateurs ne pourra garder la parole plus d'un quart d'heure. (Ass. nat., J. O., 10 août 1926, p. 4.

d'alléger la tâche de l'Assemblée Nationale en lui évitant les pertes de temps consacrées à l'élection de son bureau. La loi du 16 juillet ne dit rien des questeurs, c'est donc au Congrès qu'il appartiendra de les nommer; en fait les fonctions de questeur sont remplies par ceux du Sénat. Bien que le bureau de l'Assemblée soit désigné à l'avance, il n'existe que lorsqu'elle s'est constituée par sa réunion. Il a été reconnu en 1879, après de longues discussions entre les bureaux des deux Chambres, que le bureau du Sénat ne pourrait pas délibérer comme bureau de l'Assemblée Nationale avant la réunion de celle-ci. « Jusque là, il n'y a qu'un président, des vice-présidents, des secrétaires désignés d'avance, mais existant isolément, mais ne pouvant encore former un bureau, parce qu'on ne peut pas prendre de décision au nom d'une assemblée non encore existante » (1). Par contre le pouvoir du président étant individuel existe dès qu'il y a un président désigné et l'on doit admettre qu'avant la réunion du Congrès, le président du Sénat agissant comme président de l'Assemblée Nationale peut faire des communications au président de la Chambre (2). Nous en avons vu un exemple au sujet de la date de la convocation.

Après lecture, par le président, des textes constitutionnels en application desquels l'Assemblée Nationale se trouve réunie, les opérations de revision vont commencer. Politiquement, il est hors de doute qu'elles doivent être conduites de façon à aboutir rapidement à une solution, mais juridiquement aucun délai n'est

(1) Arnoult. *Op. cit.*, p. 262.

(2) Duguit. *Op. cit.*, 1^{re} éd., t. II, p. 528. Pïerre. *Droit politique et parl.*, 2^e éd., p. 35.

imparti à l'Assemblée pour la durée de ses travaux : elle siègera régulièrement tant qu'elle n'aura pas épuisé son ordre du jour.

Les projets ou propositions doivent être rédigés et formulés par articles. Ils sont déposés sur le bureau de l'Assemblée puis imprimés et distribués. L'Assemblée est divisée en bureaux qui nomment à la majorité absolue des votants, un président, un secrétaire et un commissaire. Ce sont ces commissaires qui, réunis, forment la commission de revision. Cette commission composée de trente membres peut, du reste, être élue directement au scrutin de liste par l'Assemblée elle-même. Un procédé qui, sur ce point, fut adopté lors de la revision de 1926 ne doit pas laisser croire à la survivance des commissions parlementaires au sein du Congrès. Afin d'abrégier la session de l'Assemblée en évitant la procédure de l'élection de la commission et en remettant le projet à étudier à des commissaires qui en avaient déjà connu, soit au Sénat, soit à la Chambre, M. Bonnefous proposa « de confier aux deux commissions des finances du Sénat et de la Chambre des députés qui se réuniront à cet effet, le soin de dresser parmi elles, afin de la soumettre aux bureaux la liste des trente membres de la commission chargée d'examiner et de rapporter le projet d'addition aux lois constitutionnelles relatif à la caisse d'amortissement » (1). Cette proposition fut adoptée le 10 août par l'Assemblée Nationale, par là elle n'a fait que choisir un procédé de nomination de la commission en rapport avec l'urgence des décisions à prendre, mais il faut considérer qu'elle ne créait au-

(1) Ass. nat., *J. O.* du 10 août 1926, p. 6.

cun précédent et qu'elle garde son indépendance pour procéder à l'élection de la commission chargée d'étudier les projets et d'en faire rapport.

La commission nomme à la majorité absolue des votants un président, un secrétaire et un rapporteur. Le rapport est déposé sur le bureau de l'Assemblée puis imprimé et distribué. Théoriquement la proposition devrait subir l'épreuve de trois lectures, mais en fait on adopte la méthode prévue par le règlement pour le cas où il y a urgence.

La délibération sur la proposition de la commission porte d'abord sur l'ensemble du texte, puis on passe à la discussion des articles, mais ce n'est qu'après l'adoption de ceux-ci que l'on procède au vote sur l'ensemble de la proposition.

Comme les propositions, les amendements doivent être rédigés et remis au président. ils ont la priorité sur la question principale mais ils ne sont soumis au vote que s'ils sont appuyés. La question préalable, c'est-à-dire la déclaration qu'il n'y a pas lieu de délibérer peut toujours être posée : proposition et amendement y sont soumis. On a souvent demandé sa suppression et un député disait d'elle, « elle n'est pas toujours injurieuse, mais elle est toujours dédaigneuse » ; elle fut conservée pourtant en raison de son utilité comme instrument destiné à écarter les propositions plus ou moins incohérentes qui encombrement et retardent la discussion sur les matières prévues par l'ordre du jour.

Le président met les questions aux voix, lors du vote par article, tout membre peut demander la disjonction. Puis on procède au vote sur l'ensemble. Le scrutin secret ayant été supprimé en 1884, le scrutin

par assis et levés est de droit. L'art. 8, § 3, de la loi du 25 février 1875 exige, pour les délibérations portant revision des lois constitutionnelles, la majorité absolue des membres composant cette assemblée. La question qui se pose maintenant, autrefois très discutée, est celle de savoir comment il faut calculer cette majorité.

On se demandait si la majorité devait être calculée d'après le nombre légal des membres composant l'assemblée ou d'après leur nombre réel, déduction faite des sièges vacants. Ce problème qui passionna les premiers commentateurs de la constitution est, aujourd'hui tranché. Tous les auteurs sont d'accord pour décider que la majorité requise par l'art. 8, § 3 doit se calculer d'après le chiffre légal sans qu'il y ait lieu de tenir compte des absences ou des sièges vacants. Le sens du texte est, du reste, nettement confirmé par un *a contrario* résultant d'une déclaration de M. Bagnon, à la séance du 3 janvier 1875. « Je ne comprendrais pas, disait-il, comment les absents, les décedés non remplacés pourraient rendre impossible une revision votée par la majorité des membres présents et délibérant conformément au règlement. J'espère donc que la commission voudra bien écrire dans l'article que la majorité des voix sera suffisante dans l'Assemblée unique aussi bien que dans les deux Chambres » (1). Le rapporteur renvoya la décision sur cette demande à la troisième lecture et lors de celle-ci la rédaction primitive fut maintenue. Du reste la majorité spéciale n'est exigée que pour le vote de la revision proprement dite. On ne saurait valable-

E (1) *Ann. de l'Ass. nat.*, t. XXXVI, p. 422.

ment la demander pour le vote des questions préjudicielles, de la question préalable, par exemple. Cette solution est confirmée par un ordre du jour de l'Assemblée Nationale en date du 9 août 1884, ainsi conçu : « L'Assemblée Nationale, considérant que le quorum (1) déterminé par l'art. 8 de la constitution, ne s'applique qu'aux délibérations portant revision en tout ou en partie, des lois constitutionnelles, passe à l'ordre du jour ».

L'Assemblée Nationale ayant accompli sa tâche, après épuisement de son ordre du jour, doit se séparer. C'est alors que se pose la question importante touchant la promulgation des lois portant revision de la constitution.

La promulgation n'a pas pour rôle de parfaire la loi, ce n'est pas un acte de puissance législative et son but est nettement mis en lumière par la formule même du décret de promulgation qui certifie que les formes d'adoption des lois ont été suivies et authentifie son texte. M. Hauriou a soutenu au contraire l'idée, professée d'abord par Laband, que la promulgation, acte de l'exécutif, fait du texte élaboré par les Chambres, une décision exécutoire. Si cette thèse était exacte on devrait refuser au président de la République le droit de promulguer les lois portant revision de la constitution car il n'a aucune compétence pour attacher la force exécutoire aux décisions du pouvoir constituant. C'est pourquoi il nous semble plus conforme à la réalité juridique de ne voir, dans la formule de promulgation, que la certification du

(1) En effet, « cette majorité ayant une base invariable, est à la fois une majorité et un quorum ». Arnould, *Op. cit.*, p. 272.

texte voté par les Chambres. C'est du reste l'opinion professée par M. Jèze. « La promulgation, dit-il, ne confère pas la force exécutoire à la loi. Cette force, la loi la tient exclusivement de la volonté exprimée par les Chambres dans les formes constitutionnelles... Si la constitution fait intervenir le président de la République avant que la loi soit appliquée, c'est surtout afin qu'il soit procédé à la vérification de l'existence constitutionnelle de la loi » (1). Les décisions de l'Assemblée Nationale aussi bien que celles des Chambres ont besoin d'être certifiées, c'est pourquoi, bien que la constitution soit muette sur ce point, elles doivent être promulguées par le président de la République. C'est donc à juste titre que les lois du 21 juin 1879, du 14 août 1884 et du 11 août 1926 portant revision des lois constitutionnelles ont été promulguées en la forme ordinaire.

Toutefois, il importe de faire une distinction. Etant donné que l'acte de promulgation s'analyse en une certification de la régularité formelle de la loi, le président de la République pourrait refuser de promulguer une loi irrégulièrement votée, par exemple par le Congrès réuni pour jouer son rôle électoral. Le refus de la promulgation serait dans ce cas la conséquence de l'inexistence de la loi. Si, par contre, il s'agit d'une loi constitutionnelle votée par l'Assemblée convoquée pour effectuer la revision, le président ne

(1) Jèze, *R. D. P.*, 1918, p. 386; cf. dans le même sens Barthélemy et Duez. *Op. cit.*, p. 570, et en sens inverse Hauriou. *Précis de Droit constitutionnel*, 1930, p. 112. Cet auteur justifie la nécessité de la promulgation par le fait qu'elle est « un acte exécutif nécessaire pour rendre la loi exécutoire et que l'Assemblée nationale de revision n'est pas soustraite au principe de la séparation des pouvoirs ».

pourrait pas refuser de la promulguer sous prétexte qu'elle dépasse le cadre des résolutions votées par les Chambres. Il ne pourrait même pas en retarder la promulgation car, contrairement à ce qui se passe pour les lois ordinaires, le président de la République doit promulguer les lois constitutionnelles dans le plus bref délai possible, sans pouvoir user du délai de trois jours ou d'un mois qui lui est accordé par l'art. 7 de la loi du 16 juillet 1875. En effet, ainsi que le fait remarquer Duguit, « cet article est relatif au système d'équilibre et d'action réciproque que la constitution a voulu établir entre le président de la République personnifiant le gouvernement, et les Chambres. Or cela n'a rien à faire ici, puisque le président de la République se trouve en présence du pouvoir constituant » (1).

Il ne peut pas davantage demander à l'Assemblée Nationale une nouvelle délibération car le texte qui lui accorde ce droit à l'égard d'une loi votée par les Chambres ne permet pas de déduire qu'il jouit des mêmes prérogatives à l'encontre de l'Assemblée de revision. Ce serait d'ailleurs une erreur que de croire que ce refus d'un droit de veto suspensif résulte de l'application de principes intangibles. C'est une sim-

(1) Cf. Haurion. *Op. cit.*, 1930, p. 112; Esmein. *Op. cit.*, 2^e éd., p. 552. Cette solution fut confirmée par le rejet d'une proposition de M. Raudot ainsi conçue : « Après le vote définitif, le président de la République aura le droit, pendant un mois, de présenter à l'Assemblée des demandes de modification de tout ou partie de la Constitution révisée. L'Assemblée devra délibérer de nouveau. Quelles que soient ensuite ses décisions, la Constitution nouvelle sera promulguée dans le mois. » Par le rejet de cette proposition, les constituants ont entendu montrer que le président de la République ne saurait invoquer aucune justification en cas de retard apporté à la promulgation.

ple mesure destinée à empêcher l'effervescence qu'entraînerait la décision du président de la République, sans du reste empêcher complètement l'adoption de la loi. Ainsi l'art. 47 de la constitution tchécoslovaque du 29 février 1920, qui en ce qui touche à la revision présente de nombreuses analogies avec la nôtre, décide que le président de la République possède un veto suspensif qui ne porte pas seulement sur les lois ordinaires mais également sur les lois de revision. Cependant comme en matière constitutionnelle la majorité requise pour briser le veto n'est pas supérieure à celle exigée pour le premier vote, on a reconnu au président (art. 48) la faculté de dissoudre les Chambres avant le second vote et de demander ainsi au peuple son opinion sur le projet de revision litigieux (1). Ainsi le droit de veto doit entraîner celui de dissoudre les Chambres, or en France, le président ne possède pas ce droit de veto et nous verrons qu'il ne pourrait pas davantage dissoudre la Chambre des députés, lorsque réunie au Sénat elle contribue à la formation de l'Assemblée Nationale.

§ 2. — *Rapports entre l'Assemblée Nationale
et les Chambres.*

Nous avons vu que le système constituant établi par la constitution de 1875 n'a pas suivi l'exemple des constitutions républicaines antérieures suivant lesquelles la revision était remise à une assemblée spéciale. L'art. 8 prévoit bien une assemblée constituante

(1) Redslob. *Le régime parlementaire*, p. 270.

mais elle est formée par les membres du Parlement sans que ceux-ci aient eu besoin de se présenter auparavant devant leurs électeurs pour recevoir un mandat particulier. Cependant, bien que le sort de la constitution soit remis, en définitive, entre les mains du personnel parlementaire, nous avons constaté qu'il n'est pas exact de parler d'une confusion de la fonction constitutionnelle et de la fonction législative. Nous nous proposons de justifier cette assertion en étudiant les rapports existant entre l'Assemblée Nationale et les Chambres auxquelles elle emprunte sa substance.

Les auteurs de la constitution de 1875 se sont inspirés de l'exemple de l'Angleterre en confiant l'exercice de la fonction constituante au personnel parlementaire, mais toutefois, on ne peut pas dire qu'ils aient abouti à la confusion entre la fonction constituante et la fonction législative telle qu'elle existe chez nos voisins d'Outre-Manche. Les principes admis depuis l'époque révolutionnaire sont du moins arrivés à ce résultat d'empêcher que cette confusion soit totale. La nécessité d'une assemblée plénière fait dépendre la revision de conditions de forme qui ne sont pas les mêmes que celles auxquelles doit se plier la législation ordinaire. L'auteur de la loi ordinaire peut être le même que celui de modifications de la constitution, il suffit que la règle qu'il applique soit différente pour qu'on puisse parler d'une diversité de fonctions. Cette distinction est expressément traduite dans la relation qui existe entre l'Assemblée et les Chambres.

Personne ne songe à contester que l'Assemblée Nationale soit un corps distinct des Chambres, mais immédiatement des divergences se produisent dans la doctrine quant à la question de savoir à quel titre

le Parlement constitue les éléments de formation de l'Assemblée Nationale. Est-elle un Congrès formé par la réunion des Chambres dont l'individualité subsiste en dehors de lui ou doit-elle être considérée comme un organe indépendant des Chambres et leur empruntant seulement ses membres. Dans cette dernière hypothèse, les Chambres en tant que corps constitués ne rentreraient nullement dans le cadre de l'Assemblée Nationale. Ainsi toute la question est de savoir si, « après qu'elles ont opéré leur jonction, les Chambres conservent encore, au sein de cette assemblée, leur individualité propre, ou si, au contraire, elles s'y confondent en formant un collège unique et indivisible » (1).

On ne saurait prétendre trouver la solution de cette question dans nos textes constitutionnels, leur concision est, en la matière, une cause d'obscurité. L'art. 8 dit que « les Chambres se réuniront en Assemblée Nationale » pour procéder à la revision; à propos de l'élection présidentielle, l'art. 2 de la loi du 25 février 1875 déclare qu'elle est faite « par le Sénat et la Chambre des députés réunis en Assemblée Nationale ». Nous pouvons bien déduire de pareilles dispositions quel est le mode de formation de l'Assemblée mais non savoir si, une fois réunies, les Chambres conservent ou non leur individualité. Et cependant la question est du plus haut intérêt pratique. En effet, la Chambre des députés est sujette à dissolution; or, il se peut qu'au cours des débats auxquels donne lieu la revision, une mésentente se produise entre les membres du Sénat et ceux de la Chambre

(1) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 555.

au sujet de la portée à donner à l'œuvre constitutionnelle, ou encore que la majorité des députés, par la prolongation indéfinie de ses délibérations prétende imposer son omnipotence de fait. Le président de la République pourra-t-il, fort de son droit et de l'appui du Sénat, dissoudre la Chambre des députés et contraindre par là l'Assemblée Nationale à se séparer ? On voit que la réponse varie suivant la conception admise quant à la participation du Parlement à l'œuvre constituante. Si l'Assemblée Nationale n'est que la réunion des Chambres en tant que corps constitués, il est clair que la dissolution d'un de ses éléments constitutifs entraînera en même temps la disparition du Congrès. Si, au contraire, on envisage l'Assemblée Nationale comme indépendante des Chambres c'est-à-dire comme un organe distinct ne leur empruntant que ses éléments, l'emploi de la dissolution devient sans objet car l'exécutif ne peut faire porter par l'Assemblée les conséquences d'un acte qui ne peut atteindre que la Chambre des députés.

Les auteurs ne sont pas d'accord sur la solution que comporte le problème ainsi posé et on peut distinguer dans la doctrine trois réponses nettement différentes qu'il convient de passer en revue.

Suivant une première opinion qui semble peu à peu perdre son influence, la réunion de l'Assemblée Nationale ne met nullement fin à l'existence des Chambres en tant que corps ayant une individualité particulière; bien plus, les Chambres subsistent même au sein de l'Assemblée. « Aussi bien, ce Congrès, dit M. Lefèvre, n'est autre chose qu'une réunion passagère des deux Chambres. Dira-t-on au contraire, que les deux Chambres perdent en entrant au Congrès

leurs prérogatives et jusqu'à leur existence pour ne renaître qu'à la sortie ? Qui oserait pousser jusque là l'abus des fictions juridiques dans le silence de la loi ?... il nous semble à la fois inutile, illogique et impossible de voir dans le Congrès de revision une véritable constituante d'essence autre que les deux Chambres législatives, un instant détruites comme pour lui donner des ailes... » (1). Et M. Lefèbvre de développer ses griefs contre une semblable théorie; elle est inutile car il suffit de voir dans le Congrès la réunion des Chambres pour voter la revision qu'elles ont déjà décidée; illogique, car ce que l'on appelait constituantes était des assemblées formées autrement que les assemblées législatives. Or, ici, ce sont les Chambres législatives qui font elles seules la revision. Impossible enfin, car « où serait, pendant ce congrès qui n'est réuni que pour procéder à la revision, le pouvoir législatif ? ». En définitive, conclut le commentateur « s'il est vrai qu'il subsiste encore deux Chambres dans cette Assemblée Nationale qui ne fait que les réunir un moment pour une fonction déterminée, il y a toujours pour le Sénat le droit de voter la dissolution de la Chambre des députés sur la demande du président ». Notre auteur prétend en outre montrer que seule la dissolution avec les élections qu'elle entraîne est capable de trancher les conflits qui peuvent survenir au sein de l'assemblée entre sénateurs et députés. En effet, si le Sénat ne peut faire admettre ses protestations, il quittera la salle des séances « en déclarant qu'à ses yeux le Congrès ne saurait plus exister et qu'il lui devient impossible

(1) Lefèbvre. *Op. cit.* p. 235 et suiv.

d'y prendre part ». Sans doute les députés pourront poursuivre leur œuvre et réunir, avec l'aide des sénateurs dissidents, une majorité susceptible d'adopter des modifications constitutionnelles, mais alors le Sénat refusera d'en tenir compte.. « Dans de telles conjonctures, écrit M. Lefèbvre, et s'il devait jamais arriver qu'on vit ainsi les deux Chambres se combattre à propos des décisions prétendues souveraines d'un Congrès contesté, existerait-il une puissance, autre que la voix du pays, capable de résoudre un tel litige, et les pouvoirs publics sauraient-ils recouvrer leur marche régulière tant qu'il ne serait pas résolu ? La dissolution de la Chambre des députés apparaîtrait donc l'issue unique et nécessaire, et il faudrait que le président et le Sénat se concertassent au plus tôt pour soumettre le différend au jugement du pays. Hors de là on n'aperçoit que des recours à la force, des violations certaines de la constitution, insurrection ou coup d'Etat » (1). Bien plus si un dissentiment venait à surgir entre la Chambre des députés et le Sénat, ce dernier n'aurait même pas besoin de l'appui de l'exécutif. Il lui suffit de se retirer, l'Assemblée Nationale sera alors privée de son bureau, or comment dans ce cas pourra-t-elle délibérer valablement en manquant à la plus élémentaire forme de procédure ?

Que faut-il penser d'une pareille théorie qui se recommande par un raisonnement d'une logique rigoureuse ? Il est certain que si on la rejette la volonté des membres du Sénat aura une valeur bien précaire puisque les voix des députés suffiront à former une

majorité qui imposera ses décisions à l'Assemblée tout entière. Or, pourrait-on dire, cette subordination du Sénat à la Chambre est contraire à la tradition longtemps respectée en France d'un Sénat conservateur de la constitution.

Cependant, il faut remarquer que ces objections n'ont pas la valeur qu'on leur attribue : en effet, elles ne sont valables qu'une fois admis le principe qu'il s'agit de démontrer, à savoir que les deux parties du Parlement gardent leur individualité dans l'Assemblée Nationale. Si, au contraire, on admet qu'à l'intérieur du Congrès les membres ne possèdent qu'un seul caractère juridique, celui de membre de cette assemblée, toute l'argumentation tombe car on ne peut plus parler de subordination du Sénat. Dire, comme le fait M. Lefèbvre, que le Sénat, en se retirant, empêche l'assemblée de délibérer valablement c'est supposer démontré ce que justement il faudrait prouver : l'existence en tant que corps constitués du Sénat et de la Chambre des députés à l'intérieur de l'Assemblée Nationale.

D'autre part, étant donné l'état de notre droit positif, rien ne permet d'attribuer aux sénateurs le rôle prépondérant que la thèse de M. Lefèbvre conduirait à leur accorder. En votant l'art. 8 les constituants savaient que les sénateurs seraient en minorité à l'Assemblée Nationale; s'ils n'ont pas jugé bon de leur donner un moyen de faire prévaloir leur volonté ce n'est pas au commentateur de pallier à cette omission, car le faire ce serait rendre le Sénat maître de la revision alors qu'il est certain, d'après les principes qui ont présidé à l'élaboration de la constitution, que la revision dépend du personnel parlementaire dans son ensemble, réuni en Assemblée Nationale.

Enfin une dernière objection doit être faite aux auteurs qui prétendent ne voir dans l'Assemblée Nationale que « les deux Chambres se joignant l'une à l'autre pour délibérer et voter avec plus de solennité une revision déjà proposée et décidée par elles ». Elle repose sur le système des deux Chambres tel qu'il est établi en droit public français. Dans une remarquable analyse de ce système, M. Carré de Malberg s'applique à faire ressortir la signification de la dualité des Chambres telle qu'elle résulte de nos lois constitutionnelles en l'opposant à la même dualité dans les Etats aristocratiques ou fédéraux (1).

Dans un Etat aristocratique la Chambre haute correspond à l'existence d'une classe privilégiée possédant de par la constitution une part d'action dans les affaires publiques, de même, dans un Etat fédéral, la co-existence des deux Chambres est rendue nécessaire par l'existence, d'une part, des citoyens composant la population fédérale, d'autre part des Etats confédérés. Une seule Chambre élue, soit par le peuple fédéral, soit par les Etats ne pourrait pas prendre de décision au nom de l'Etat fédéral tout entier car le dualisme qui existe dans ce genre d'Etat impose une dualité des Chambres. Tout différent est le fondement de la dualité des Chambres dans un Etat unitaire et démocratique comme la France. Si l'on admet que la souveraineté une et indivisible réside dans la collectivité nationale, le Parlement exerçant cette souveraineté doit, au même titre que la nation, présenter un caractère unitaire. Dès lors la nécessité d'un système bicaméral ne s'impose pas pour des raisons ti-

(1) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 557.

rées de la qualité différente des membres composant la nation ou de sa structure dualiste; ce n'est pas une nécessité d'ordre juridique, et l'exemple des constitutions de 1791 et de 1848 qui ne prévoyaient qu'une Chambre unique le prouve bien. Si un tel système a été adopté c'est simplement en raison d'avantages politiques qu'il présente et en premier lieu celui d'offrir l'organisation parlementaire la plus conforme à l'intérêt national.

Dans la conception unitaire qui forme la base de l'Etat français, malgré des modes d'élection différent pour le Sénat et la Chambre des députés, chaque chambre procède de l'ensemble de la nation; il n'y a point entre les Chambres de dualisme véritable car, issues toutes deux du suffrage universel, leur similitude est totale quant à leur origine, c'est-à-dire quant à leurs relations avec le corps national.

De ces observations, M. Carré de Malberg dégage la signification du système français des deux Chambres. Dans un Etat fédéral « le Parlement ne serait pas complet s'il n'existait qu'une seule assemblée », car les deux Chambres fédérales correspondent aux deux éléments constitutifs de l'Etat, « aucune d'elle ne serait capable, à elle seule, de formuler une volonté fédérale législative ou autre ». Dans le système bicaméral français, au contraire, « chacune des deux Chambres constitue par elle-même un organe complet, en tant que l'une comme l'autre a logiquement qualité pour parler au nom de la nation prise en son entier et envisagée sous tous ses aspects ». Ainsi la Chambre et le Sénat sont les interprètes d'une seule et même volonté et, comme tels, ils se suffisent à eux-mêmes, selon l'heureuse expression de M. Carré

de Malberg, ils constituent en double des organes parlementaires de l'Etat, ils ne se complètent pas : leur rôle est seulement de renforcer, par leur double intervention, la valeur d'une volonté nationale unitaire. Mais alors, étant donné que, chez nous, la division du Parlement en deux sections ne repose que sur une raison d'utilité pratique, à savoir soumettre les décisions législatives à l'examen et aux délibérations de deux assemblées distinctes, on ne conçoit pas que ces deux assemblées puissent se réunir. Leur fusion en tant que corps constitués effacerait leur utilité pratique qui est leur seule raison d'être. C'est pourquoi l'on doit conclure « que les Chambres perdent leurs caractères propres et leur individualité respective dès que leurs membres se trouvent groupés en une assemblée unifiée ».

Enfin, M. Carré de Malberg remarque que les différences qui séparent les deux sortes de dualisme parlementaire sont exprimées dans le texte même des constitutions. Dans les constitutions fédérales, le Parlement n'est pas présenté sous forme de deux Chambres séparées mais comme étant un corps unique, le Congrès en Amérique ou l'Assemblée fédérale en Suisse. Par là, ces constitutions marquent l'unité de l'Assemblée fédérale, sauf à la diviser ensuite en deux sections distinctes. Au contraire la constitution de 1875 pose en principe que « le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la Chambre des députés et le Sénat » et ensuite seulement pour des besoins spéciaux, la révision et l'élection présidentielle, elle établit une Assemblée Nationale n'existant qu'à cet effet et formée par la réunion des deux assemblées. Dans ce système on ne trouve rien de comparable à ce qui existe dans

un Etat fédéral; le Parlement n'est pas une assemblée nationale exerçant ses attributions tantôt en réunion plénière, tantôt par l'intermédiaire des deux Chambres séparées. « L'Assemblée Nationale d'une part, le Sénat et la Chambre des députés de l'autre, ne sont pas seulement deux formations variées d'un seul et même corps. Mais la vérité est qu'il y a là deux organes nettement distincts : d'un côté, le Parlement, organe complexe, formé des deux assemblées, qui ne sont pas simplement les sections d'un seul et même collège, mais qui se caractérisent, d'après la constitution, comme deux Chambres indépendantes, d'un autre côté l'Assemblée Nationale, organe unifié et non complexe, qui emprunte bien aux Chambres leur personnel, mais qui en droit est un organe nouveau, tout à fait distinct des Chambres, ayant sa structure et son statut propres, en un mot un organe qui, même s'il tire sa formation, comme le dit la constitution, de la réunion des Chambres, est tout autre chose que les Chambres réunies » (1).

Il nous faut cependant faire une réserve quant à l'existence de l'Assemblée Nationale comme organe distinct de l'organe législatif ordinaire, car suivre jusque là la thèse de M. Carré de Malberg ne conduit à rien moins qu'à une confusion entre le pouvoir et la compétence. Aussi bien il n'est pas nécessaire, pour prouver que l'Assemblée Nationale est une assemblée distincte des Chambres, de faire intervenir une dualité d'organe qui par ailleurs nous semble ne pouvoir se justifier que par une fiction. En effet, les règles de législation ordinaires et les règles constitutionnel-

(1) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 561.

les ne sont pas, nous l'avons montré, d'une nature différente qui impliquerait pour leur élaboration l'intervention d'autorités différentes. Aussi un seul et même organe a reçu compétence pour les poser, seulement dans l'exercice de la fonction constituante il prend une formation distincte de celle dans laquelle il décide en matière de législation ordinaire. Au fond nous retrouvons ici la tendance, déjà relevée chez M. Carré de Malberg, à donner trop d'importance à la forme dans laquelle a lieu la revision, or nous croyons avoir montré plus haut que cette forme est impuissante à assurer à l'Assemblée Nationale le caractère d'organe différent du Parlement, c'est-à-dire de corps ayant une volonté distincte. Entre les deux formations du même organe seule diffère la nature de la norme appliquée dans l'exercice des deux fonctions.

L'erreur des auteurs qui, avec M. Lefèbvre, admettent l'existence au sein de l'Assemblée Nationale des deux Chambres en tant que corps constitué, repose sur une analyse inexacte du système parlementaire français. Ils ne veulent voir dans l'Assemblée Nationale qu'un organisme analogue aux « Cours de justice rendant leurs arrêts solennels en Chambres réunies ». Or une telle assimilation est impossible : les Chambres de la Cour de cassation, les sections du Conseil d'Etat, ne sont que les formations d'un corps unique, dès lors peu importe que la décision émane de la Cour de cassation toutes chambres réunies ou seulement de l'une de ses chambres, du Conseil d'Etat en assemblée générale ou seulement de l'une de ses sections, elle sera toujours celle d'une autorité unique. Au contraire dans l'Assemblée Nationale les deux sections du Parlement perdent leur individualité car

ainsi que nous l'avons vu plus haut, leur raison d'être disparaît par leur fusion; aussi devons-nous dire que dès l'instant où députés et sénateurs sont mêlés, il n'y a plus ni Sénat ni Chambre, mais seulement un corps spécial et distinct : l'Assemblée Nationale (1).

Se plaçant à l'opposé de la thèse qui vient d'être réfutée, une seconde doctrine soutient que l'Assemblée Nationale n'est pas une réunion de la Chambre et du Sénat, mais une assemblée nouvelle, absolument distincte de la Chambre et du Sénat, composée seulement des mêmes individus qu'eux. Cette théorie qui

(1) Esmein (*Op. cit.*, 7^e éd., t. II, p. 497) admet aussi que les Chambres perdent leur individualité dans l'Assemblée Nationale. « L'Assemblée chargée d'opérer la revision, dit-il, est bien composée des mêmes éléments qui constituent les deux Chambres législatives, des sénateurs et des députés, mais elle forme un corps distinct en droit et prend le titre légal d'Assemblée Nationale. Les deux Chambres perdent momentanément leur individualité... ». Toutefois il reconnaît que les Chambres subsistent en dehors de l'Assemblée Nationale et que par suite « dans l'intervalle des sessions de l'Assemblée Nationale, elles pourraient se réunir et délibérer si besoin était. ». M. Carré de Malberg, sur ce point est d'accord avec Esmein car son analyse de notre système parlementaire ne s'oppose pas à l'existence des Chambres en tant qu'organe législatif pendant la session de l'Assemblée Nationale mais en dehors de celle-ci. Cette opinion est aussi celle de M. Arnould (*Op. cit.*, p. 260) qui dit en effet : « Remarquons cependant que les deux Chambres ne cessent pas d'exister par le fait de leur réunion en Congrès. Elles pourraient donc, si un cas urgent se présentait, interrompre leurs travaux constitutionnels, se séparer et prendre les mesures nécessaires ». Toutefois l'expression « interrompre leurs travaux constitutionnels » pèche à équivoque; ce ne sont pas les Chambres qui interrompent dans ce cas leurs travaux, c'est l'Assemblée Nationale, formation de l'organe législatif dans l'exercice de la fonction constituante qui ajourne ses délibérations pour permettre aux députés et sénateurs de remplir la fonction de législation ordinaire dans leurs corps respectifs.

se recommande surtout par l'autorité de son auteur, M. Duguit, se fonde sur le fait que l'Assemblée Nationale est absolument distincte de la Chambre et du Sénat pour dire « qu'il n'y a plus de Chambres, elles sont absorbées en quelque sorte par l'Assemblée Nationale », d'où l'on déduit que le président de la République ne pourrait pas empêcher l'Assemblée Nationale de délibérer en prononçant la dissolution de la Chambre des députés conformément à l'art. 5 de la loi du 25 février 1875.

Sans doute le président de la République ne peut pas exercer son droit de dissolution mais la solution de Duguit est trop absolue, et, d'autre part, elle ne résulte pas nécessairement de son point de départ. Il est bien exact que l'Assemblée Nationale est distincte des Chambres, mais cela n'implique pas que le Parlement disparaisse du fait de la réunion du Congrès. Puisque l'Assemblée n'a pas absorbé les Chambres, elles continuent d'exister avec leur individualité propre et leur compétence. C'est pourquoi nous ne pouvons suivre Duguit quand il dit que l'assemblée de revision pourrait faire une loi ordinaire. « ...Plusieurs constitutions antérieures, écrit-il, spécifiaient que l'Assemblée de revision ne pourrait que reviser. Aucune disposition de ce genre n'existe dans les lois de 1875. De plus l'Assemblée Nationale qu'elles ont créée présente un caractère tout à fait différent de celui des assemblées de revision antérieures. On a voulu instituer une assemblée souveraine ayant tous les pouvoirs d'une véritable assemblée constituante. Or, les assemblées constituantes ont toujours eu le pouvoir de faire des lois ordinaires. L'Assemblée Nationale le pourra donc elle aussi, en spécifiant que la loi

qu'elle vote n'a pas le caractère constitutionnel » (1).

Ces considérations ne sont pas décisives car la convocation de l'Assemblée de revision ne suspend pas le pouvoir législatif des Chambres. Elles gardent compétence pour les matières qui sont de leur ressort. Si considérables que soient les pouvoirs de l'Assemblée Nationale, ils ne peuvent se déployer que dans le cadre de la fonction constituante et les Chambres restent seules compétentes dans l'exercice de la fonction législative.

La troisième théorie que nous avons annoncée touchant les rapports des Chambres et de l'Assemblée Nationale est celle de M. Carré de Malberg qui groupe la partie positive des critiques qui viennent d'être faites aux deux précédentes doctrines. S'appuyant sur l'analyse de notre système parlementaire, M. Carré de Malberg conclut d'une part, que l'Assemblée Nationale n'est pas une simple réunion des Chambres conservant leur individualité, mais que, d'autre part, n'étant pas absorbé par l'assemblée de revision, le Parlement continue à exister en dehors d'elle. « Si les Chambres perdent leur individualité dans l'Assemblée Nationale, elles survivent au dehors et gardent ainsi le pouvoir » (2). Avec la réserve que nous

(1) Duguit. *Op. cit.*, 1^{re} éd., t. II, p. 527.

(2) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 567. On pourrait rapprocher de cette solution celle de M. Moreau. (*Précis élémentaire du Droit constitutionnel*, 10^e éd., 1928, p. 400 et suiv.) D'après cet auteur les deux Chambres perdent momentanément leur individualité mais elles n'en conservent pas moins l'existence en dehors de l'Assemblée Nationale; « rien ne s'oppose aux réunions et aux délibérations que chaque Chambre pourrait avoir entre deux séances de l'Assemblée ». D'où M. Moreau conclut que le président de la République ne perd,

avons formulé plus haut quant à l'existence d'un organe spécial de revision, ces conclusions semblent être parfaitement conformes avec la réalité juridique telle qu'elle ressort de l'organisation de la revision établie par notre droit positif. Mais pourquoi faut-il que le concept, sacré aux yeux des auteurs, d'un pouvoir constituant différent de la puissance mise en œuvre par les diverses autorités étatiques, viennent troubler, une fois de plus, la rigueur du raisonnement juridique? En effet, voulant apprécier les conclusions auxquelles aboutit l'examen de l'organe qui a reçu com-

par le fait de la réunion de l'Assemblée Nationale, aucune de ses attributions. « L'usage de telle ou telle prérogative peut être moins convenable ou moins politique en pareil moment; il est toujours licite. Ainsi le président de la République peut ajourner les Chambres, dissoudre la Chambre des députés... ». Il nous semble, au contraire qu'il y a là plus qu'une mesure politique inopportune. Du moment où la dissolution de la Chambre des députés entraînerait l'impossibilité, pour l'Assemblée Nationale, de continuer à siéger, on doit décider que le président de la République est contraint juridiquement de renoncer à sa prérogative. En effet, il serait contraire à l'ordre juridique que l'exercice du pouvoir duquel dépendent les autres autorités soit entravé par l'action d'une de ces autorités. Sans doute la remise à un même organe de la fonction législative et de la fonction constituante prête-t-elle à confusion puisque c'est à l'égard des mêmes personnes que l'on accorde ou que l'on refuse au président de la République le droit de maintenir ou de suspendre leur activité; mais ce n'est pas l'individu investi de la fonction que l'on doit considérer, c'est la fonction elle-même. Dans la hiérarchie des règles étatiques, c'est la constitution, norme fondamentale, qui vient en premier lieu et qu'il n'appartient à aucun organe dont l'activité est limitée par l'obligation d'appliquer cette règle suprême de restreindre la puissance de l'autorité qui, ayant compétence pour modifier cette règle, est investie de la même puissance obligatoire qu'elle. Une solution différente irait à l'encontre du principe de hiérarchie sur lequel est basé l'ordre normatif constitutif de l'Etat.

pétence pour modifier les lois constitutionnelles, M. Carré de Malberg juge à propos de faire intervenir cette notion de pouvoir constituant. Dès lors la confusion s'établit dans un domaine où la simple analyse des institutions avait introduit la clarté inhérente aux conceptions objectives. Nous voyons notre éminent maître conclure que la constitution de 1875 a « dans une certaine mesure » séparé le pouvoir constituant et le pouvoir législatif; puis, immédiatement après il observe que « cette séparation organique est plus théorique et nominale que réelle », car, dit-il, « si en la forme ce ne sont point les Chambres qui opèrent la revision, au fond c'est toujours du personnel parlementaire que cette revision dépend » (1). Nous avons ici un exemple parfait du dilemme auquel on est inévitablement quant on envisage la règle par rapport à l'individu qui la pose au lieu de la rapporter à la norme antérieure qu'elle développe en l'appliquant.

§ 3. — *De la compétence de l'Assemblée Nationale.*

Lorsque l'on cherche à établir le contenu du domaine réservé à la compétence de l'organe constituant et à dresser une liste des matières sur lesquelles elle pourra éventuellement porter son examen, on est conduit à définir la notion de constitution. Ainsi la question apparaît comme tout différente de celle de l'étendue des pouvoirs de l'assemblée de revision.

En France le problème de la détermination des ma-

(1) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 567.

tières réservées à l'organe constituant a reçu, selon les époques des solutions très différentes. Ainsi la Constitution de l'an III ne se borne pas à l'organisation générale de l'Etat mais elle s'étend encore, avec de nombreux détails, à des matières que nous avons pris l'habitude de considérer comme relevant de la compétence du législateur ordinaire : par exemple l'organisation administrative et judiciaire, la réglementation de l'instruction publique ou de la force armée. Au contraire, la constitution de 1852, annonçant en cela celle de 1875, s'est limitée aux dispositions indispensables pour mériter son titre.

A l'étranger on retrouve cette même différence dans l'étendue des constitutions selon que le peuple est ou non associé à l'œuvre constituante sans l'être à la législation ordinaire. Cette différence s'explique par le fait que le peuple, dans l'exercice de sa fonction constituante a une tendance bien naturelle à mettre en quelque sorte à l'abri de la constitution les matières qu'il entend soustraire à la puissance de l'autorité législative ordinaire. La constitution devient alors le réceptacle de tous les principes et matières sur lesquels le peuple veut garder sans partage son droit de décision. En outre, il introduira dans l'acte constitutionnel toutes les dispositions auxquelles il désire subordonner le législateur et cela quel que soit l'objet de ces dispositions, alors même qu'il s'agit de questions qui n'ont rien à voir avec l'organisation proprement dite des pouvoirs publics. Il en est ainsi aux Etats-Unis pour les constitutions particulières des Etats de l'Union. Sans doute elles créent un système de gouvernement, mais elles font infiniment plus, « elles s'occupent d'une infinité de sujets qui seraient

laissés, en Europe, à l'action de la législature ou des autorités administratives, et elles traitent toutes ces questions avec une minutie de détails qu'on ne s'attendrait pas à trouver dans une loi fondamentale » (1). En introduisant dans leurs constitutions ces dispositions les plus diverses, les Etats de l'Union ont accru le domaine de l'intervention populaire dans la mesure où ils restreignaient celui laissé aux législatures. En effet, les Chambres ont reçu du peuple le pouvoir de légiférer dans les limites tracées par l'acte fondamental, et la loi faite en dehors de ces limites, étant sans valeur constitutionnelle, peut être attaquée devant les tribunaux. Il faut du reste noter que cette extension du domaine réservé à l'intervention populaire perd de son importance dans les nombreux Etats qui ont adopté le système consistant à remettre à l'assemblée des citoyens le pouvoir de faire les lois ordinaires comme celui d'élaborer la constitution (1). Quoi qu'il en soit l'élargissement de l'action du peuple entraîne une extension parallèle de la notion de constitution. Suivant cette conception, elle n'est plus seulement l'acte organisateur de l'Etat, mais surtout le code où sont contenues l'ensemble des dispositions qui échappent au législateur ordinaire.

De même en Suisse, de nombreuses dispositions sans rapport avec l'organisation des pouvoirs publics, furent introduits dans la constitution fédérale depuis que le peuple a reçu, en matière de revision partielle, un droit d'initiative constituante. Le dévelop-

(1) Bryce. *La République américaine*, 2^e éd., t. II, p. 37.

(1) Bryce. *Op. cit.*, t. II, p. 89.

pement de la constitution s'explique par les mêmes motifs que ceux dont nous avons observé l'action aux Etats-Unis. Le peuple, ne possédant pas l'initiative législative quant aux lois fédérales, a jugé expédient d'introduire par voie constituante, à la suite d'une revision partielle, les règles nouvelles qu'il désirait voir consacrées (1).

Il est bien certain que dans des Etats comme la Suisse ou les Etats membres de l'Union américaine, la notion de constitution prend une consistance nouvelle, uniquement formelle. Le critérium selon lequel elle peut être distinguée de la législation ordinaire réside dans la forme d'après laquelle les dispositions envisagées sont insérées dans la législation. En France, au contraire, on a longtemps considéré que la constitution devait être définie *ratione materiæ*, non du reste en se basant sur l'attribution de certaines questions qui lui auraient été réservée par le droit positif, mais en faisant appel à une conception purement rationnelle du contenu de la constitution. Selon cette conception le rôle de la constitution est d'organiser l'Etat en déterminant, d'une part, les autorités qui exerceront les fonctions de puissance étatique et, d'autre part, en précisant les rapports de ces organes entre

(1) Le peuple n'a que le pouvoir de provoquer la revision totale. Ce sont les deux conseils législatifs qui travaillent à la revision (art. 120, § 3 de la Constit. fédérale). Au contraire en matière de revision partielle « la demande d'initiative peut revêtir la forme d'un projet rédigé de toutes pièces » (art. 121, § 4). Ce projet sera alors soumis au vote du peuple et des cantons. La volonté constituante populaire est ici pleinement souveraine puisque le peuple opère seul la revision sans intervention de l'Assemblée fédérale. (Cf. Binet, *L'initiative populaire en Suisse*. Th. Nancy 1904, p. 136 et suiv., et Th. Curti, *Le Referendum*, trad. J. Roujat, 1905, p. 321 et suiv.).

eux et leurs relations avec les gouvernés. On arrivait ainsi à la définition de la constitution proposée par Jellineck : un statut selon lequel « la volonté du groupe se forme et se réalise : c'est lui qui fixe les limites de la sphère d'action du groupe et par rapport au groupe lui-même... La constitution de l'Etat comprend donc les règles juridiques qui déterminent les organes supérieurs de l'Etat, qui fixent leur mode de création, leurs rapports mutuels et leur domaine d'action, enfin, la place fondamentale de chacun d'eux par rapport au pouvoir étatique » (1).

En se rapportant à cette définition on remarquait que la constitution doit être aussi concise que possible et que, même dans le domaine qui lui est reconnu, elle doit se borner à dégager des principes essentiels qu'il appartiendra à la législation ordinaire de mettre en œuvre par des lois qui, étant donné leur objet, devront être considérées comme des lois organiques. Ainsi seront évitées les revisions fréquentes qui sont l'inconvénient des constitutions détaillées. L'avantage du système ainsi conçu est de conférer aux principes une stabilité suffisante, tout en permettant que leurs applications contenues dans des lois ordinaires, soient aisément adaptées aux circonstances et aux nécessités éventuelle de réforme.

De ces considérations il résulte que les auteurs ont été conduits à voir dans la notion de constitution un double élément, un élément matériel résultant de la conception, énoncée plus haut, du contenu rationnel de la constitution considérée comme l'ensemble des

(1) Jellineck. *L'Etat moderne et son Droit*, éd. française, t. II, p. 170.

principes selon lesquels sont organisés le gouvernement et l'administration des services publics, et cela sans qu'il y ait lieu de prendre en considération la façon dont ces règles sont posées; un élément formel qui se déduit du fait que parmi ces règles il y en a qui, ayant été énoncées en la forme constituante, ne peuvent être modifiées que dans les formes prescrites par la procédure de revision (1). Le concept formel de la constitution est donc, suivant le cas plus compréhensif ou plus étroit que le concept matériel, mais il est bien rare que tous deux coïncident exactement.

Il nous paraît cependant que cette distinction entre les deux concepts, matériel et formel, n'a pas, quant à la définition de la constitution, la portée que l'on veut lui attribuer, et nous nous rallions entièrement sur ce point à l'opinion de M. Carré de Malberg, selon laquelle « le critérium qui permet de discerner les lois ordinaires et les lois constitutionnelles, réside uniquement dans un élément de forme : la notion des constitutions est purement formelle » (2). Cette doctrine est professée également par Duguit qui écrit : « cette distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires est purement formelle. Elle se réduit à ceci qu'il y a certaines lois qui sont faites en une forme particulière par un organe spécial, et qui ne peuvent être modifiées ni abrogées par le législateur ordinaire. Habituellement ces lois constitutionnelles contiennent des dispositions sur les obligations générales de l'Etat, sur l'organisation politique. Mais l'objet de ces lois importe peu... » (3). Dans ces conditions la constitu-

(1) Voir en ce sens, Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 571.

(2) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 572.

(3) Duguit. *Op. cit.*, 3^e éd., t. I, p. 690. Laband déclare éga-

tion perd sa signification juridique dans les pays où la modification des lois relatives à l'organisation des pouvoirs publics n'est soumise à aucune procédure spéciale. Sans doute en raison de leur importance politique les textes relatifs aux institutions de l'Etat gagnent une stabilité à laquelle ne peuvent prétendre les textes secondaires de la législation, mais cette force disparaît au point de vue juridique puisqu'aucune procédure n'est prévue pour la placer hors des atteintes du législateur ordinaire » (3).

Ce critérium formel de la constitution, avait déjà été remarquée par Sieyès. S'opposant au concept matériel de l'école du droit de la nature qui considérait, avec Rousseau, la constitution comme le statut fondamental de l'Etat, c'est-à-dire l'œuvre de la collectivité consentant à l'organisation de l'association nationale, Sieyès développe une doctrine suivant laquelle « les lois constitutionnelles sont dites fonda-

lement qu'en ce qui concerne le droit public allemand on « ne peut modifier les principes de droit contenus dans la constitution qu'en remplissant des conditions plus compliquées ». Il s'agit donc bien, là aussi, d'un critérium formel. (*Op. cit.*, t. II, p. 314.)

(3) Jellinek après s'être rallié au concept formel de la constitution en disant : « La marque juridique essentielle des lois constitutionnelles c'est exclusivement l'autorité plus grande dont elles jouissent au point de vue formel », ajoute pour montrer l'inutilité **de la constitution** dans les pays où aucune différence de procédure ne sépare l'élaboration des lois constitutionnelles **et des lois ordinaires** : « Dans les Etats où aucune forme particulière n'est prescrite pour établir au changer la constitution il n'y a aucun intérêt juridique pratique à avoir une constitution. Les Etats qui ne distinguent pas, au point de vue formel, les différentes espèces de lois, ont donc raison, au point de vue logique, de ne pas vouloir rassembler sous la rubrique de Charte constitutionnelle, une certaine catégorie de dispositions législatives ». (*Op. cit.*, t. II, p. 211.)

mentales, non pas en ce sens qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles ne peuvent point y toucher » (1). Il ressort de cette déclaration que l'élément qui caractérise la constitution, c'est le fait qu'elle est intangible à l'encontre des autorités autres que celle qui a compétence pour la modifier; il y a là une conception totalement dégagée des considérations relatives au contenu de la loi constitutionnelle et reposant seulement sur un élément formel. Par suite, on comprend que Sieyès ait substitué au terme de constitutionnel, qui évoque l'idée d'organisation, celui de loi fondamentale qui implique nettement la notion de statut supérieur.

Les auteurs des lois de 1875 se sont engagés à fond dans la voie ainsi ouverte par Sieyès. Leur œuvre est d'un laconisme qui serait surprenant si on voulait la considérer comme l'acte organisateur de l'Etat. On y trouve aucune de ces déclarations de principes qui sont à la base de la création de l'Etat; pas un mot relatif à la séparation des pouvoirs ni à la souveraineté nationale; rien qui puisse évoquer l'existence d'un pouvoir judiciaire. Quant aux matières traitées, elles le sont seulement dans les grandes lignes et simplement à titre d'indication donnée à l'activité du législateur ordinaire. Certes, ce n'est pas ainsi qu'on rédige une constitution lorsqu'on la considère comme le plan de l'organisation étatique. Mais aussi bien les lois de 1875 n'avaient pas cette prétention; elles posaient seulement certains principes hors d'atteinte du législateur ordinaire. Le caractère formel de notre consti-

(1) Sieyès. *Qu'est-ce que le tiers-état ?*, chap. V.

tution fut confirmé d'une façon éclatante par la loi du 14 août 1884 qui est venue déconstitutionnaliser les textes relatifs à l'organisation du Sénat et remettre les dispositions qu'ils contenaient à la compétence du législateur ordinaire. Ce procédé montre bien que ce n'est pas le contenu de la loi qui lui confère le caractère constitutionnel mais la forme suivant laquelle elle a été émise. Un tel système, s'il ne satisfait pas pleinement le goût, en quelque sorte artistique, des belles ordonnances juridiques dominant en vertu de la qualité de leur contenu la masse complexe des réglementations secondaires, offre une compensation qui n'est pas négligeable. Il permet de respecter la stabilité des principes tout en adaptant sans cesse leur application aux circonstances, car le législateur ordinaire, n'étant pas enchaîné par les dispositions de la constitution peut opérer des modifications dans les institutions sans être obligé de recourir à la procédure formaliste des revisions.

Est-ce à dire cependant que ce concept formel suffit à définir la constitution ? L'importance de cette question est considérable car si l'on admet que la constitution est entièrement définie par la forme en laquelle sont prises ces dispositions, on est conduit à reconnaître que, dans notre droit positif, le domaine constitutionnel est considérablement restreint par rapport à celui du législateur ordinaire. La séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif ne subsisterait que dans la mesure où un certain nombre de règles prises en forme constitutionnelle ne pourront pas être modifiées par le législateur ordinaire. En dehors de ces matières actuellement réduites à un bien petit nombre, le pouvoir législatif aura une compé-

tence illimitée. Ces conclusions qui sont celles des auteurs qui se rallient à la notion formelle de la constitution, nous paraissent ne tenir qu'un compte insuffisant des éléments qui appartiennent au concept de constitution.

Sans doute tout critérium matériel doit être écarté et l'on doit s'en tenir au seul concept formel, mais il n'est pas défini tout entier par la forme dans laquelle sont prises certaines dispositions. Il comprend en outre un élément relatif à la place occupée par les règles constitutionnelles dans le système des normes étatiques, car la forme spéciale requise pour l'adoption des lois constitutionnelles résulte du fait que les règles qu'elles contiennent ne sont subordonnées à aucune autre et détiennent la primauté au sommet de la hiérarchie des normes constitutives de l'ordre juridique en vigueur. Dès lors il importe peu que la constitution soit concise ou détaillée, le pouvoir législatif sera toujours réduit à un rôle subordonné et, si étendue que soit sa puissance quant aux matières sur lesquelles il peut porter son examen, les règles qu'il posera seront limitées par l'existence d'une norme supérieure à elles. Evidemment, dans l'hypothèse d'une constitution brève comme celle de 1875, cette norme a un contenu positif restreint et par conséquent l'activité du législateur ordinaire possède un domaine d'autant plus étendu, mais ce n'est pas tant le contenu positif de la règle initiale qui doit être considéré, c'est son contenu virtuel. Or du fait qu'il existe une autorité ayant le pouvoir d'accroître éventuellement le nombre des dispositions contenues dans la règle initiale, le domaine législatif est essentiellement limité. Toutes les lois votées par le législateur le sont en ap-

plication d'une norme antérieure, car ce qui caractérise l'ordre juridique, c'est le fait qu'aucune règle ne peut être posée sans se référer à une règle supérieure, sauf la règle initiale qui, selon un processus que nous avons analysé au chapitre deuxième de cette étude, contient en germe toutes les autres règles initiales possibles qui se substitueront à elle.

Ainsi la brièveté ou l'ampleur d'une constitution a une influence directe sur la compétence matérielle du législateur ordinaire, mais la puissance de celui-ci n'est, suivant le cas, ni accrue ni diminuée, puisqu'il demeure toujours subordonné à la règle fondamentale positive, ou sous le coup d'une subordination possible et légitime. On dit communément que sous l'empire de la constitution de 1875 la puissance du Parlement est particulièrement forte en ce qui concerne la réglementation des droits individuels des citoyens, car nos lois constitutionnelles, loin de formuler les garanties et les déclarations de droits auxquelles s'étaient attachées les constitutions antérieures, sont demeurées absolument muettes sur ce point. En fait cette puissance est indéniable, mais juridiquement elle n'a pas le caractère de souveraineté absolue qu'on veut lui reconnaître. En effet, malgré le mutisme de la constitution, le Parlement, en réglementant les droits et obligations des citoyens, ne fait pas œuvre initiale; il est subordonné à la norme fondamentale antérieure car, pour si paradoxal que cela paraisse, en ce qui concerne la constitution, le silence de la règle est encore une règle. Ce qui le prouve, c'est qu'une Assemblée Nationale pourrait, en édictant des dispositions appropriées, réduire à néant cette prétendue toute puissance parlementaire. Si donc, en fait les

Chambres sont maîtresses du statut individuel des citoyens ce n'est pas en vertu d'une puissance qui leur est inhérente, mais en vertu d'une autorisation implicite de la constitution à laquelle, malgré leur apparente indépendance, elles sont subordonnées.

Ayant caractérisé la constitution par ce caractère formel : d'une part la forme dans laquelle sont posées les règles constitutives du statut organique, d'autre part la place qu'elles occupent dans la hiérarchie des normes étatiques, il nous sera facile de résoudre une question qui se pose, prétend-on, à cause de la brièveté de nos lois constitutionnelles. Toutes les constitutions antérieures déterminaient d'un façon plus ou moins détaillée les droits publics des citoyens français. Qu'il s'agisse des déclarations solennelles placées au fronton des constitutions de 1791, de 1793, de l'an III et de 1848, des indications relatives à la reconnaissance de certains droits telles qu'on les trouve dans la constitution de l'an VIII et dans les Chartes, ou enfin de la confirmation « des grands principes proclamés en 1789 » et de leur adoption comme base du droit public des français par la constitution de 1852, toutes nos constitutions ont cru devoir reconnaître explicitement certains droits aux citoyens. Au contraire, la constitution de 1875 conserve en cette matière un mutisme absolu. C'est pourquoi certains auteurs, ne pouvant admettre que nos lois constitutionnelles aient délibérément rompu avec la tradition des déclarations de principes, essayent de suppléer au silence des textes en invoquant la persistance des déclarations des droits antérieures et particulièrement de la première de toutes, celle de 1789. Ainsi au-dessus de la constitution il y aurait une règle supérieure dont le

caractère fondamental résulterait des principes contenus dans la déclaration des droits de 1789. Si nos lois de 1875 présentent une lacune sur ce point, c'est parce que, n'étant pas une œuvre systématique comme les constitutions antérieures, elles ne consacrent que des règles pratiques dont l'adoption fut suffisamment difficile pour que personne ait songé à la rendre encore plus laborieuse par des discussions de principe. Aussi bien ce silence ne veut pas dire que l'Assemblée Nationale « répudiât les principes proclamés pour la première fois en 1789; mais elle jugea inutile de les proclamer à nouveau ou même de les garantir dans la constitution. Ils lui apparaissaient comme un patrimoine définitivement acquis au peuple français... » (1). Duguit, considérant les déclarations des droits non comme de simples formules dogmatiques mais comme des lois positives obligeant même le législateur constitutionnel, conclut que la déclaration de 1789 a conservé et garde encore actuellement toute sa force législative positive. « Je crois, dit-il, que si aujourd'hui le législateur faisait une loi violant un des principes formulé dans la déclaration des droits de 1789, cette loi serait inconstitutionnelle » (1). Duguit justifie cette thèse en faisant valoir que dans la pensée des hommes de la révolution, la déclaration des droits, ayant pour but d'établir l'existence des droits individuels, dominait la constitution qui en organisait l'exercice. Supérieure à la constitution, la déclaration n'en fait pas partie, aussi la constitution a bien pu être abrogée, la déclaration n'en demeure pas moins avec toute sa force obligatoire.

(1) Esmein. *Op. cit.*, 8^e éd., t. I, p. 599.

(2) Duguit. *Op. cit.*, 2^e éd., t. III, p. 524.

On s'étonne de voir un esprit aussi positif que celui de l'éminent doyen de la Faculté de droit de Bordeaux, s'attacher à la défense d'une théorie qui ne conduit à rien moins que de réintroduire dans notre droit public toutes les données du droit naturel, héritage de la révolution, et dont il a tant le mal à se défaire. M. Carré de Malberg (1) répond fort justement à cette argumentation que la déclaration de 1789 a été remplacée par celles de 1793, de l'an III et de 1848 dont personne n'a jamais dit qu'elles soient encore en vigueur aujourd'hui. D'autre part, « il n'est pas possible d'admettre concurremment que la déclaration de 1789 était située en dehors de la constitution de 1791 et cependant qu'elle possède, aujourd'hui encore, la force de loi constitutionnelle et continue à former un élément de la constitution française. De deux choses l'une : ou bien elle faisait partie intégrante que la constitution de 1791 et dans ce cas elle a disparu avec cette constitution; ou, au contraire elle était distincte de l'acte constitutionnel de 1791, et elle ne faisait qu'énoncer les idées essentielles et fondamentales qui devaient servir de base à la constitution future. Mais alors elle n'avait plus que la portée dogmatique d'une déclaration de vérités philosophiques » (2).

Ainsi il n'est pas exact de dire que le domaine dans lequel peut s'exercer actuellement le pouvoir consti-

(1) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 580.

(2) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 581. Il convient d'ailleurs de reconnaître avec M. Jèze (*R. D. P.*, 1913, p. 686) que les principes contenus dans les déclarations des droits s'ils ne peuvent lier l'organe constitutionnel ni les Chambres, conservent toute leur valeur à l'égard des autorités administratives.

tuant est limité par les déclarations des droits, il pourrait le cas échéant réglementer en toute liberté les droits individuels des citoyens sans avoir à tenir compte de prétendus principes contenus dans les garanties des droits.

Nous acceptons cette conclusion avec d'autant plus de facilité que nous n'avons pas besoin de chercher dans des déclarations périmées un frein à la puissance du législateur ordinaire. Sans doute ses pouvoirs sont considérables quant à la réglementation des droits des citoyens, mais il ne lui permettront jamais de poser une règle initiale et intangible. Toutes les règles posées par le législateur devant être considérées comme prises en application de la constitution, le statut des citoyens dépend en réalité du contenu de la loi fondamentale. En cette matière, le rôle du législateur n'est que subordonné, il est toujours directement ou indirectement dans la dépendance des règles positives ou possibles contenues dans la constitution, et son pouvoir essentiellement temporaire pourra être réduit à néant.

De toutes ces considérations, il résulte que le domaine réservé à la puissance de l'Assemblée Nationale est illimité tant au point de vue matériel qu'au point de vue formel c'est-à-dire de la force primordiale des décisions qu'elle prendra. L'existence d'un organe ayant le pouvoir de réformer ou de changer la constitution par la prescription de règles fondamentales s'imposant à l'observation de toutes les autres autorités étatiques, entraîne pour la constitution elle-même un contenu virtuellement illimité. Il nous reste à voir que l'Assemblée de revision conserve cette indépendance même à l'encontre du programme qui lui aurait été fixé par les résolutions des Chambres.

CHAPITRE CINQUIEME

ETENDUE DES POUVOIRS DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE

CHAPITRE CINQUIEME

ÉTENDUE DES POUVOIRS DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE

La question de l'étendue des pouvoirs de l'Assemblée Nationale se présente à deux points de vue d'inégale importance. Il s'agit en effet en premier lieu de savoir si le Congrès doit demeurer spécialisé dans la revision constitutionnelle où absorbe tous les pouvoirs de l'Etat, et d'autre part de déterminer quels sont, lors de l'opération de revision, les pouvoirs de l'Assemblée Nationale. Est-elle souveraine pour effectuer toutes les modifications qu'elle juge convenable ou est-elle liée par les résolutions antérieures des Chambres ? Cette seconde question forme le centre d'une controverse classique dont nous allons essayer de dégager les éléments principaux ; mais auparavant il importe de noter que, dans l'état actuel de notre droit, l'Assemblée Nationale n'est pas investie de la puissance étatique toute entière.

SECTION PREMIÈRE

L'Assemblée Nationale ne possède d'autres pouvoirs que ceux qu'elle met en œuvre pour effectuer la revision.

On rapprocherait à tort l'Assemblée Nationale telle

qu'elle est prévue par l'article 8 de la loi du 25 février 1875 et les assemblées constituantes issues d'un mouvement révolutionnaire. Celles-ci ont certainement, outre leur mission d'établir une organisation constitutionnelle, le droit de gouverner le pays jusqu'à l'achèvement de l'œuvre constituante. Mais ce droit elles le tiennent non du fait qu'elles sont assemblées constituantes, mais des circonstances : du moment où aucun organe régulier n'existe encore pour administrer le pays, l'assemblée constituante absorbe provisoirement tous les pouvoirs de l'Etat. Toute autre est la situation de l'assemblée de revision selon notre droit positif. Lorsqu'elle se réunit, c'est dans le cadre d'une organisation constitutionnelle et les organes constitués subsistent avec leur compétence et leurs attributions. Durant les opérations de revision le pouvoir exécutif continue à appartenir au président de la République et le Parlement conserve son droit sur la législation ordinaire.

On voit dès lors que Duguit émet une opinion inexacte lorsqu'il écrit : « Les assemblées constituantes ont toujours eu le pouvoir de faire des lois ordinaires. L'Assemblée Nationale le pourra donc elle aussi, en spécifiant que la loi qu'elle vote n'a pas le caractère constitutionnel. » (1). La constitution n'avait pas besoin de spécifier que l'Assemblée Nationale ne pourrait que reviser, cela résultait naturellement du fait que comme nous l'avons montré plus haut, sa réunion ne fait pas disparaître les Chambres. Celles-ci subsistent et si, au cours de la revision, la nécessité d'une loi ordinaire s'impose, les députés et sénateurs pourront

(1) Duguit. *Op. cit.*, 2^e éd., t. IV, p. 536.

suspendre momentanément les séances du Congrès et retrouver dans leur formation ordinaire, en Chambres séparées, la compétence de législation ordinaire en vertu de laquelle ils statueront comme l'exigent les circonstances.

Ainsi l'Assemblée Nationale n'a pas compétence pour voter des lois ordinaires, car celles-ci demandent pour leur adoption l'examen successif de deux Chambres. Du reste cette solution fut consacrée en 1884 lorsque l'assemblée écarta de son ordre du jour, sur la proposition de son bureau, un projet qui n'avait pas pour objet une disposition constitutionnelle. La veille, le 11 août, elle avait décidé que l'Assemblée de revision n'absorbait pas les pouvoirs du Parlement et que les Chambres pouvaient, dans l'intervalle de la suspension des séances de l'Assemblée, se réunir séparément, selon les formes ordinaires de leur session, et exercer leurs attributions tant législatives que de contrôle du gouvernement.

L'Assemblée Nationale ne peut pas davantage gouverner le pays ni contrôler l'action gouvernementale comme le font les Chambres. Cette limitation de ses pouvoirs résulte naturellement de la compétence dont elle est investie. Ce qui détermine l'étendue des pouvoirs d'un organe ce n'est pas le droit subjectif à l'exercice de ceux-ci dont il est titulaire, mais la compétence statutaire dont il est investi. Nous nous sommes suffisamment étendu sur ce point pour ne pas avoir à y revenir ici où nous trouvons seulement une application de la thèse que nous avons soutenue. L'Assemblée Nationale n'exerce pas un droit dont l'origine est extérieure à l'ordre étatique, sa volonté n'est efficace que parce qu'elle est conditionnée par le respect de la

règle en vertu de laquelle elle est imputée à l'Etat. Le droit subjectif des membres de l'Assemblée Nationale ne peut pas être considéré comme la qualification de certaine volonté individuelle indépendante, ce droit, l'individu n'en est titulaire que parce que la constitution en dispose ainsi, et selon les formes prescrites par elle. N'oublions pas qu'il s'agit d'une revision dans le cadre d'un ordre statutaire préétabli, non de la création inconditionnée d'une constitution initiale, et nous comprendrons que l'organe chargé de la revision n'a de pouvoir que dans les limites de la compétence.

Il en serait ainsi même dans le cas où l'existence de la constitution toute entière serait mise en cause par une demande de revision totale, car tant que les modifications ou l'abrogation de la constitution n'ont pas été votées, celle-ci reste en vigueur, c'est-à-dire que l'ensemble des règles qu'elle pose conserve sa valeur obligatoire.

SECTION DEUXIÈME

*Les pouvoirs de l'Assemblée Nationale sont-ils limités
par les résolutions antérieures des Chambres ?*

Nous venons de voir que l'Assemblée Nationale ne possède que le pouvoir de revision. Mais alors la question se pose de savoir dans quelle mesure elle peut exercer ce pouvoir. Cette question, qui n'est pas encore nettement tranchée, suppose, pour être discutée dans toute son ampleur, que l'on refuse aux Chambres le

pouvoir de déclarer simplement : « Il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles », car, si on admet la régularité constitutionnelle d'une disposition ainsi libellée, les pouvoirs de l'Assemblée seront certainement illimités en ce sens qu'elle pourra changer toute disposition de la constitution qui lui paraîtra devoir être modifiée.

Disons tout de suite que rien ne s'oppose à ce que les Chambres demandent une revision de la constitution sans préciser les points sur lesquels elle devra porter. En effet du moment qu'elles ont le droit de demander la revision partielle ou totale, on ne voit pas pourquoi elles seraient obligées d'indiquer les articles qui devront être modifiés.

Cependant, si, sur ce point, la question de l'étendue des pouvoirs de l'Assemblée Nationale semble ne plus présenter de difficultés, elle reparaît avec toute son acuité si l'on envisage l'hypothèse où les Chambres ont spécifié, dans le dispositif des résolutions votées, les articles sur lesquels doit porter la revision. Quel sera en pareil cas l'étendue des pouvoirs de l'Assemblée Nationale? Pourra-t-elle, bien que les résolutions conformes des Chambres aient entendu limiter la revision à certains objets, entreprendre la modification d'articles autres que ceux visés par les résolutions préalables, ou sera-t-elle liée par le vote des Chambres ?

En réponse à cette question bien des systèmes se sont fait jour qui nous semblent, étant donné les arguments invoqués en leur faveur, se recommander par des raisons également valables. Nous nous proposons donc de grouper ces solutions en deux catégories selon qu'elles admettent la limitation des pouvoirs de l'Assemblée Nationale ou qu'au contraire, elles les

considèrent comme absolument indépendants des résolutions des Chambres. Ensuite nous essaierons de réduire la controverse par des considérations dont on ne paraît pas s'être suffisamment soucié.

§ 1^{er}. — *La théorie des pouvoirs limités
de l'Assemblée Nationale*

Il y a, entre les doctrines qui professent que l'Assemblée Nationale est subordonnée aux résolutions des Chambres, toute une gamme de nuances qui vont de la limitation absolue à une limitation idéale et sans portée pratique.

Le plus intransigeant de tous ces systèmes fut soutenu, pour la première fois, en 1884. Ses partisans, considérant que la revision n'était pas assez limitée par l'indication des articles telle qu'elle résulte du vote des Chambres, proposaient de faire précéder chaque article d'un exposé des motifs indiquant la solution désirée par la Chambre, de telle sorte que lorsque les deux Chambres auraient accepté ces considérants l'Assemblée Nationale serait liée par leur vote. Un tel système conduisait en quelque sorte à réduire le Congrès au rôle d'enregistreur de solutions obligatoires.

Nous ne professons certes pas une foi aveugle dans l'indépendance de fait de l'Assemblée Nationale vis-à-vis des Chambres et nous ne croyons pas que ses décisions soient bien différentes de celles qu'avaient en vue les majorités du Sénat et de la Chambre en décidant d'aller à Versailles, cependant il faut convenir que le système qui consiste à limiter aussi étroi-

tement les pouvoirs de l'Assemblée Nationale, est contraire au mécanisme de la revision tel que l'a prévu l'article 8. Ce procédé reviendrait à confier la revision au législateur ordinaire; au fond il ne changerait peut-être rien à ce qui se passe en réalité, mais au point de vue formel sa portée serait en contradiction absolue avec les dispositions de l'article 8, car il consacrerait juridiquement le fait qu'à Versailles il ne peut rien se passer qui n'ait déjà été décidé à Paris ; bien plus il rendrait impossible à l'Assemblée Nationale de prendre une décision différente de celle désirée par les membres du Parlement.

Considérant que ce système, reproduction de l'organisation anglaise, présentait des avantages très réels, M. de Douville-Maillefeu soumit, lors de la revision de 1884 un article additionnel ainsi conçu : « A l'avenir toutes les modifications aux lois dites constitutionnelles, seront discutées et votées séparément dans le Sénat et la Chambre des députés. La majorité nécessaire dans chaque Assemblée sera des deux tiers des votants » (1). C'était la seule façon juridique de faire accepter cette thèse qui, autrement ne saurait être introduite dans la pratique constitutionnelle que par une extension abusive des dispositions de l'article 8 qui stipule que les Chambres se réunissent « en Assemblée Nationale pour *procéder à la revision*. Les *délibérations* portant revision.... » Ainsi que le fait observer M. Lefèbvre (2) ces termes semblent au moins impliquer quelque discussion, quelque travail dans le Congrès.

Pour soutenir la thèse de la limitation par indi-

(1) Ch. J. O. 1^{er} août 1884, p. 1943.

(2) Lefèbvre. *Op. cit.*, p. 217.

cation de solutions on invoquait l'insuffisance de la détermination des articles à modifier. « Vous votez la revision du Congrès sans savoir ce que fera ce congrès », disait M. de Lasteyrie (3). D'où l'on déduisait qu'il fallait dresser un tableau limitatif des solutions à proposer car, disait-on, l'indication de l'article ne limite rien, par un détour facile toute une partie de la constitution peut être mise en cause au sujet d'un article. Et l'on donnait comme exemple la question des attributions financières du Sénat. Supposons que les résolutions indiquent l'article 8 de la loi du 24 février 1875 comme devant être modifié, un membre du Congrès pourra mettre en question le droit d'initiative que cet article reconnaît au Sénat, et en même temps tout le pouvoir législatif de cette Assemblée. A quoi M. Arnoult répond fort pertinemment que cela n'est possible que par une indication du texte à reviser. Dans le cas en question, il suffira pour tourner la difficulté, de viser dans la résolution non l'article 8 tout entier, mais seulement son paragraphe 2. Il ne faudrait du reste pas déduire du rejet de ce système que les résolutions des Chambres doivent être prises sans que les députés et les sénateurs sachent quelles sont les intentions de leurs collègues quant au sens de la revision qu'ils demandent. Mais seul l'exposé des motifs doit contenir des indications sur ce point, non le dispositif de la résolution. C'est ce que fit nettement ressortir Gambetta dans l'exposé des motifs qu'il lut à la Chambre des députés le 14 janvier 1882. « Quant au texte lui-même des modifications constitutionnelles, disait-il, c'est au Congrès et à lui seulement qu'il appar-

(3) *J. O.* 14 juin 1879, p. 5160.

tient de le connaître... La Chambre des députés et le Sénat n'ont pour mission, dans l'esprit de l'article 8 de la loi du 23 février 1875, que de préciser les articles et paragraphes sur lesquels devront porter les délibérations du Congrès. Si donc nous croyons devoir indiquer dès à présent dans quel sens le gouvernement compte inviter le Congrès à faire usage de son pouvoir constituant, c'est uniquement pour faciliter le bon ordre de la discussion et pour que, dès aujourd'hui, il ne puisse plus planer de doutes sur l'attitude que nous comptons prendre durant le Congrès. » (1).

Ainsi l'Assemblée Nationale ne saurait être liée par l'indication contenue dans les résolutions des Chambres, soit d'un texte précis, soit même de solutions parmi lesquelles elle aurait à choisir (2). De tels procédés excèderaient la compétence des Chambres dont l'initiative doit se borner à décider qu'il y a lieu à revision sans fixer le sens de celle-ci.

Un autre système fut présenté en 1882 par M. Andrieux. C'était une théorie de circonstance inspirée par le désir de concilier les partisans de la revision limitée et ceux de la revision illimitée pour les unir en une seule majorité (3). Ce compromis se dégage des paroles mêmes de M. Andrieux. En effet après s'être prononcé pour la théorie des droits illimités de l'Assemblée Nationale en ces termes : « Nous n'avons pas à vous demander un vote sur la question des droits du Congrès. Nous sommes en face d'une question de droit

(1) Ch. J. O., 16 janvier 1882, p. 8.

(2) Esmein. *Op. cit.*, 7^e éd., t. II, p. 506.

(3) Voir sur des circonstances au milieu desquelles cette théorie a pris naissance, le *Correspondant* du 25 janvier 1882, p. 365 et suiv.

constitutionnel sur laquelle nous pouvons dire notre opinion, mais que le pouvoir constituant, c'est-à-dire le Congrès, nous paraît seul capable de trancher avec compétence. Aussi nous laissons au Congrès, confiants dans sa sagesse, le soin de fixer son ordre du jour », le rapporteur de la commission de revision ajoutait : « Mais si nous ne croyons pas pouvoir lui imposer des limites, nous avons incontestablement le droit de lui faire connaître nos vues sur l'étendue des projets revisionnistes ; il convient aussi de donner certaines garanties morales au Sénat, en lui indiquant quels sont les textes sur lesquels, à notre avis, doit s'engager la discussion ; nous pouvons enfin donner au gouvernement mandat limité de porter et défendre devant le Sénat, puis devant le Congrès, au nom de la majorité de la Chambre des députés, un certain nombre de réformes déterminées sur lesquelles nous nous serons mis d'accord. » (1).

Seules les circonstances pouvaient expliquer l'incohérence de ce système, car il serait difficile de concevoir un amalgame d'idées plus contradictoires : d'une part la commission reconnaît au Congrès le droit de reviser la constitution toute entière ; d'autre part elle en restreint la « nécessité » et elle en borne l'exercice à l'examen spécial de trois articles et d'un paragraphe. « Mais il fallait réunir contre M. Gambetta et ceux qui ne consentent qu'à une revision partielle et ceux qui réclament la revision totale : de là tout ce qui se combine dans ce texte bizarre. » (2). Après avoir posé en principe que les pouvoirs du Congrès sont

(1) Ch. J. O., 24 janvier 1882, p. 31.

(2) A. Boucher, dans le *Correspondant* du 25 janvier 1882, p. 367.

illimités « on parle d'un avis à donner au Sénat, avis qui bientôt se transforme en mandat limité pour le ministère. La revision qui est illimitée peut donc être limitée » (1). La contradiction ne devenait d'ailleurs que plus apparente à la suite des explications de M. Andrieux. « Nous n'avons pas limité le droit du Congrès, disait-il, mais nous avons limité le mandat que nous entendons donner au ministère. » Or il semble bien que le mandat donné au ministère n'aura de valeur que si on admet la dépendance de l'assemblée de revision vis-à-vis des résolutions.

Pratiquement ce système doit aboutir à la revision illimitée car, en admettant que le gouvernement se considère comme lié par le mandat limité qu'il a reçu, un membre du Congrès pourra toujours proposer et faire adopter les changements que les « indications précises » de la résolution ne permettait pas au gouvernement de demander au Congrès. En définitive la théorie défendue par M. Andrieux revient à dire : telles questions doivent être examinées d'abord, sans que cette disposition implique qu'il ne faut pas examiner les autres. Ce système doit donc être repoussé, non parce qu'il conduit à admettre la revision illimitée, ce qui ne saurait, en aucun cas, constituer une fin de non recevoir, mais parce que, de son incohérence, résulte une doctrine imprécise et incomplète.

Nous arrivons maintenant à la doctrine la plus répandue quant à la subordination des pouvoirs du Congrès aux résolutions des Chambres. Cette théorie qui fut formulée en premier lieu, par M. Méline, rapporteur de la commission de la Chambre lors de la

(1) Arnoult. *Op. cit.*, p. 290.

revision de 1879, accorde aux Chambres le droit de déclarer qu'il y a lieu de reviser la constitution, soit entièrement, soit en spécifiant les articles ou paragraphes qu'il y aura lieu de modifier. Dans ce dernier cas le Congrès est lié par les résolutions conformes des deux Chambres et sa compétence est limitée par l'indication d'articles ou de paragraphes contenus dans les résolutions. Ainsi comprise la thèse de la subordination des pouvoirs de l'Assemblée Nationale rallie aujourd'hui la presque unanimité des auteurs (1).

En sa faveur, on invoque d'abord un argument tiré de l'intention du législateur de 1875. Il avait le choix, dit-on, entre deux systèmes successivement appliqués par les constitutions précédentes; il pouvait, pour opérer les réformes nécessaires, ou bien faire appel à un pouvoir constituant distinct soit par référendum, soit par Constituante, ou bien faire dépendre la revision des pouvoirs organisés. Or du moment que ce dernier mode fut préféré, le principe de la revision illimité est inapplicable. En effet, dit M. de Bousquet de Florian, la constitution actuelle a condamné le pouvoir constituant souverain et ce serait aller à l'encontre de l'autorité de la loi que de vouloir le ressusciter. Il résulte de l'esprit qui a présidé à l'adoption du système de réforme actuellement en vigueur « que le Congrès peut être limité, et qu'on n'a pas écarté le système d'un constituant pour voir renaître sa souveraineté dans une autre assemblée qui, sous un nom

(1) Arnould. *Op. cit.*, p. 294 et suiv.; Barthélemy et Duez. *Op. cit.*, p. 696; de Bousquet de Florian. *Op. cit.*, p. 150 et suiv.; Carré de Mallberg. *Op. cit.*, t. II, p. 589 et suiv.; Esmein, *Op. cit.*, 7^e éd., t. II, p. 502; Hauriou. *Op. cit.*, 1930, p. 112; Redslob. *Op. cit.*, p. 241.

différent, aurait eu les mêmes pouvoirs et les mêmes inconvénients » (1).

Dans le même sens M. Arnoult répond à l'objection que l'on tire du silence de l'art. 8 qui ne parle pas de la limitation alors que les constitutions antérieures qui avaient entendu restreindre les pouvoirs des assemblées de revision le spécifiaient expressément. Il invoque la différence des situations : en 1791, en l'an III, en 1848, c'était à des assemblées spécialement nommées à cet effet qu'appartenait le droit d'opérer la revision, dès lors il y avait lieu de craindre qu'elles s'arrogent le droit d'étendre à leur gré leurs pouvoirs et par suite, étant donné que les auteurs des constitutions citées entendaient appliquer le système de la revision limitée « il était nécessaire qu'ils prissent leurs précautions pour assurer le triomphe de leur volonté... De là les termes si explicites par lesquels toutes ces constitutions ont pris soin de limiter le pouvoir constituant aux points fixés par les assemblées législatives ou primaires... » (2). Toute autre est la situation actuelle. L'assemblée chargée d'opérer la revision est formée des mêmes membres que le Parlement et il était naturel de penser que leur volonté ne changerait pas selon qu'ils sont réunis ou séparés. Si, séparés, ils limitent le programme, réunis, ils limiteront leurs travaux. Une telle évidence n'avait pas besoin d'être sanctionnée dans un texte.

Cette démonstration n'est pas probante car elle repose sur l'attribution gratuite aux membres de l'Assemblée de 1871 d'une naïveté qui n'est pas prouvée. Il n'est en effet pas évident que la volonté des députés

(1) De Bousquet de Florian. *Op. cit.*, p. 149.

(2) Arnoult. *Op. cit.*, p. 296.

et des sénateurs ne changera pas durant le trajet entre Paris et Versailles. Certes ce changement n'ira pas jusqu'à leur faire professer des conceptions différentes sur le sens de la revision, mais il pourrait fort bien les entraîner « dans le feu de l'action » à faire porter leur examen sur des textes que les résolutions des Chambres n'avaient pas indiqués.

L'argumentation des partisans de la limitation des pouvoirs de l'Assemblée Nationale nous paraît plus sérieuse lorsqu'elle répond à l'objection que l'on tire de l'intention de tous les membres de l'assemblée de 1871 selon laquelle la procédure de revision prévue devait permettre un prompt et total bouleversement de la constitution. Cette objection confond en effet deux questions que nous avons déjà pris soin de distinguer : l'étendue de la revision et l'étendue des pouvoirs du Congrès. Il n'est pas douteux que, aussi bien monarchistes que républicains, tous les constituants tenaient la constitution qu'ils élaboraient pour provisoire et qu'ils entendaient en permettre la revision totale; mais cette intention n'implique pas nécessairement la reconnaissance de l'omnipotence de l'Assemblée Nationale vis-à-vis des résolutions des Chambres. La déclaration de M. Paris, dont nous avons déjà eu l'occasion de citer les termes, ne concerne que l'étendue de la revision et ne consacre nullement l'omnipotence du Congrès.

M. Arnault tire enfin un dernier argument de l'intention des auteurs de notre constitution. Rappelant que, jusqu'en 1880, le maréchal de Mac-Mahon avait seul le droit de proposer la revision, il demande : « S'il avait exercé cette initiative en demandant aux Chambres de se prononcer en faveur d'une revision

partielle, croit-on qu'il ait été dans les intentions de la majorité de 1875, de reconnaître au Congrès le droit d'opérer la revision totale ? Pourquoi lui accorder aujourd'hui ce qu'on lui eût certainement refusé alors ? » (1).

Cette considération est loin d'être aussi concluante que le voudrait son auteur. Elle transporte, en effet, la question sur le terrain politique; or il n'est pas possible de lui donner une solution variable selon la couleur de la majorité du Parlement à la suite d'une initiative du maréchal de Mac-Mahon. Ce ne seraient pas des motifs juridiques qui auraient limité les pouvoirs du Congrès mais la crainte de voir la forme du gouvernement mise en cause. Aussi bien, dans quelque sens qu'on les exploite, les intentions du législateur ne sauraient « posséder de valeur et de force impérative » (2). Lorsque c'est le degré le plus haut de la puissance étatique qui est en cause, il est à la fois vain et dangereux de chercher, dans les thèses soutenues lors des travaux préparatoires, la portée du texte en vigueur. Les discours sont souvent contradictoires, dès lors comment reconnaître celui qui énonça le principe qui fut appliqué ? Pour peu que l'assemblée soit agitée il est bien difficile de dégager le sens précis de ses travaux surtout si, comme ce fut le cas lors de la confection de notre constitution, chaque parole n'est qu'un compromis ou le masque d'une arrière pensée. Faire dépendre d'intentions aussi imprécises les pouvoirs de l'organe qui a compétence pour toucher à la règle fondamentale ne sau-

(1) Arnould. *Op. cit.*, p. 298.

(2) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 587.

rait être une méthode juridique recommandable. Tout au plus peut-elle fournir des indications au commentateur du texte, sans préjuger en rien du principe qu'il consacre.

On invoque alors, en faveur de la limitation des pouvoirs du Congrès, un argument tiré du texte même de l'art. 8. Répondant à leurs adversaires qui soutiennent que les mots « en tout ou en partie » ont été placés intentionnellement dans le § 3 parce que c'est ce paragraphe qui règle les délibérations du Congrès une fois réuni, les partisans de la subordination de l'Assemblée Nationale s'efforcent de prouver que c'est là une affirmation téméraire. Suivons leur raisonnement. D'abord, disent-ils, le fait que les mots « en tout ou en partie » ont été placé avec intention dans le § 3 n'est pas prouvé; au contraire les paroles de M. Paris montrent que ces termes se rapportent à l'étendue possible de la revision, non à l'étendue des pouvoirs du Congrès. Ainsi le législateur s'est bien mal exprimé s'il a entendu consacrer la toute puissance de l'Assemblée Nationale. D'autre part il faut considérer la place des mots auxquels on donne tant d'importance; ils sont entre virgules et peuvent se rapporter aussi bien au premier membre de la phrase qu'au second. Dans cette dernière hypothèse le sens de la disposition sera le suivant : que la revision soit totale ou partielle, la majorité exigée sera toujours la majorité absolue. Or, comme il est manifeste que ce n'est pas là ce que le législateur a voulu dire, il faut lier l'expression « en tout ou en partie » au premier membre de la phrase et alors le § 3 voudra dire : les délibérations portant revision totale ou partielle de la constitution devront être prises à la majorité absolue des membres de

l'Assemblée. Il semble alors que les partisans de l'omnipotence du Congrès doivent triompher, cependant il n'en est rien car les défenseurs de la limitation de ses pouvoirs déniaient à cette disposition toute portée. En admettant, disent-ils, que les mots « en tout ou en partie » y figurent pour consacrer la puissance de l'Assemblée Nationale, ils sont inutiles. En effet, remarque M. Arnoult, « si le Congrès est omnipotent il est bien évident qu'il peut faire une revision totale ou partielle à son choix, il était bien inutile de dire qu'il peut se borner à reviser en partie. Cela allait de soi » (1). M. Wallon concluait déjà dans le même sens en disant : « Si la restriction n'était pas implicitement contenue dans le premier paragraphe, il serait inutile de l'introduire dans le troisième. Il est trop clair, en effet, que, quand le congrès est réuni, s'il est souverain, il a le droit de ne pas faire tout ce qu'il peut... » (2).

Cependant la restriction est peut-être implicitement contenue dans le premier paragraphe, mais c'est dans le troisième qu'elle est inscrite. Cette évidence ne désarme pas nos auteurs, car, disent-ils, le législateur ne prévoyait pas la discussion que soulèverait sa rédaction du texte, il avait seulement en vue de permettre de changer la forme du gouvernement. D'autre part, la théorie de la revision illimitée revient à supprimer toute l'efficacité de la disposition qui prévoit une revision partielle ou totale « puisque on ne saura jamais à l'avance quelle sera l'étendue de la revision puisque pour

(1) Arnoult. *Op. cit.*, p. 301.

(2) Sénat. *J. O.*, 25 juillet 1884, p. 1328,

savoir si la revision est partielle ou totale il faudra attendre que la revision ait été opérée. Il n'y a plus de revision partielle parce que la revision peut toujours être totale » (1). Ce raisonnement est spécieux car il suppose que la possibilité d'une revision illimitée résulte d'une disposition autre que le § 3 et alors il vient affirmer que cette théorie supprime la portée de ce paragraphe en étant en contradiction avec lui. Mais si on admet que c'est précisément de ce paragraphe que découle l'indépendance de l'Assemblée Nationale, la contradiction disparaît puisque cela revient à dire : la revision peut être totale ou partielle et au cas où le congrès décide qu'elle sera totale, la possibilité d'une revision partielle disparaît. Nous nous excusons de formuler une aussi grossière évidence, mais il nous semble que le respect des textes la rendait nécessaire.

Après avoir tenté de justifier leur théorie par le texte de l'art. 8, les partisans de la subordination de l'assemblée de revision, comme s'ils n'avaient pas confiance dans la valeur de leur démonstration, en viennent à invoquer des principes généraux d'ordre social et philosophique. A en croire ces auteurs la doctrine des pouvoirs illimités de l'Assemblée Nationale condamnerait à l'avortement toute tentative de revision. Plutôt que « d'ouvrir la porte aux éventualités les plus redoutables et déchaîner les plus grands malheurs sur un pays énervé et affaibli par un siècle de révolutions périodiques », on pense que nos députés et nos sénateurs renonceraient à demander une revision partielle.

(1) Arnould, *Op. cit.*, p. 302. Cf. dans le même sens de Bousquet de Florian, *Op. cit.*, p. 150.

Une semblable conception attribuée à notre personnel parlementaire un esprit singulièrement timoré : comment ? il n'a pas hésité à lier le pays, pendant soixante-deux ans, par une convention financière qu'il jugeait indispensable à l'intérêt et à l'honneur de l'Etat, et il reculerait devant la possibilité d'une Assemblée Nationale souveraine, régulière et réunie conformément à l'ordre juridique en vigueur ? On nous permettra d'en douter. Il faut noter d'ailleurs que les craintes auxquelles font allusion MM. Arnoult et de Bousquet de Florian s'inspirent de l'époque où ces auteurs défendaient leurs idées. Le Boulangisme et l'Affaire étaient encore trop présents aux esprits pour que la possibilité d'une Assemblée Nationale souveraine ne fasse pas redouter de fâcheuses éventualités. Aussi nous n'insisterons pas davantage sur ces arguments et nous considérerons ceux que font valoir des auteurs plus récents.

Admettre les pouvoirs illimités de l'Assemblée Nationale « c'est dresser le Sénat contre toute tentative de revision » (1). En effet, dit-on, étant donné son infériorité numérique, le Sénat, après avoir donné son consentement à la revision sur un point précis, pourrait voir une majorité des députés trancher des questions qu'il eût préféré ne pas voir mises en cause. Bien plus l'indépendance du Sénat est elle-même menacée : avec l'omnipotence du Congrès les sénateurs iraient à Versailles sans savoir avec quelle qualité ils en reviendront, car il sera facile à une majorité de l'Assemblée Nationale, contre laquelle leur nombre sera sans force, de les dépouiller de leurs prérogatives.

(1) Barthélemy et Duez. *Op. cit.*, p. 696.

C'est là, il nous semble sous-estimer les sénateurs et les croire plus attachés à leurs privilèges qu'au perfectionnement de l'Etat : il est infiniment plus satisfaisant pour l'esprit de penser que, si la nécessité d'une réforme s'impose, les pères conscrits auront à cœur de choisir les intérêts de la République plutôt que ceux de leur situation.

Du reste, à moins d'un complot de la Chambre, bien improbable d'ailleurs étant donné le nombre et l'éloquence de ses membres, les sénateurs sauront toujours à quoi ils s'exposent en allant à Versailles, et s'ils se croient visés par la revision il leur sera facile de n'en pas permettre l'initiative. D'autre part, depuis la revision du 14 août 1884, la loi du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat étant déconstitutionnalisée les craintes des sénateurs quant à leurs privilèges sont considérablement restreintes. Que si cependant ces considérations ne parviennent pas à rassurer les partisans de la revision limitée sur le sort des sénateurs, on ne peut décider que les risques que court le Sénat en raison de l'omnipotence du Congrès doivent conduire à condamner celle-ci. En effet depuis 1875 notre droit constitutionnel marque une tendance constante dans le sens d'une diminution de la prépondérance du Sénat, et rien dans les textes ne paraît imposer une limitation aux pouvoirs de l'Assemblée Nationale pour le seul motif de sauvegarder l'indépendance de celui-ci.

M. Esmein veut cependant trouver une preuve de l'intention de ne pas abandonner le Sénat sans défense aux volontés de l'Assemblée Nationale dans le fait que ce n'est pas elle qui élit son bureau. « En lui imposant le bureau du Sénat les auteurs de la cons-

titution n'ont pas seulement voulu rendre plus promptes ses opérations, ils ont voulu surtout, en lui donnant le bureau de la Chambre qui représente plus particulièrement l'esprit de pondération et de sage conservation, la maintenir dans les limites de ses droits et la protéger contre elle-même, si des velléités d'empiètement se produisaient » (1). Ce n'est là qu'un hypothèse et elle ne conduit nullement à la reconnaissance de la subordination du congrès. Si le bureau du Sénat fut désigné pour être celui de l'Assemblée Nationale, c'était parce que, comme le note Esmein, on voulait épargner à l'Assemblée toute délibération superflue. Mais du moment qu'il importait de désigner à l'avance un bureau, celui du Sénat s'imposait, en dehors de toute question de principe, par le caractère même des sénateurs : dans toute assemblée les membres les plus âgés ont en effet toujours été investis de prérogatives qui ne préjugent en rien de leur pouvoir réel. Si enfin la disposition dont il s'agit a été introduite dans nos lois pour maintenir l'égalité des Chambres, elle peut être invoquée aussi bien contre la limitation qu'en sa faveur. En effet, du moment que les auteurs de la constitution ont décidé expressément que l'Assemblée Nationale prendra le bureau du Sénat sans ajouter d'autres garanties pour la Chambre haute, c'est qu'ils ont jugé que celles qu'ils établissaient suffisaient à écarter les risques que pourrait courir le Sénat. Par conséquent l'art. 11 de la loi du 16 juillet 1875 loin de prouver la subordination des pouvoirs de l'Assemblée Nationale aux résolutions des Chambres peut fournir un argument en faveur de son omnipotence.

(1) Esmein. *Op. cit.*, 7^e éd., t. II, p. 505.

Toujours en invoquant cet art. 11 on veut prouver qu'il n'est pas possible de parler de la souveraineté absolue du Congrès. Comment peut-on reconnaître comme indépendante une assemblée à laquelle on refuse le droit d'élire son bureau ? demande M. Arnoult. Cette objection ne porte pas davantage que les précédentes ; en premier lieu, en effet, la détermination faite à l'avance du bureau de l'Assemblée n'a pas pour but de limiter sa souveraineté mais seulement de permettre une marche plus rapide des opérations en vue desquelles elle est réunie, et ensuite parce qu'on ne peut déduire de la subordination à une règle l'absence de souveraineté d'un organe. Dans l'ordre juridique tout se passe en vertu et en application d'une règle préalable et la conception de M. Arnoult conduit à confondre la souveraineté avec l'anarchie. On reconnaît du reste dans cette tendance l'influence de la théorie traditionnelle de la souveraineté considérée comme la qualification d'un pouvoir supérieur à l'ordre juridique et indépendant de lui (1).

(1) M. E. Laferrière dans une brochure intitulée « *L'article 8 de la Constitution* » (Paris, 1882). veut voir un argument en faveur de la limitation des pouvoirs de l'Assemblée Nationale dans la facilité avec laquelle les constituants ont admis l'infériorité numérique du Sénat qui constituait cependant à leurs yeux une forteresse à l'encontre de la toute puissance de la Chambre des députés. Rappelant un amendement présenté par M. Raudot, le 24 février 1875 portant que le nombre des députés ne pourrait pas excéder celui des sénateurs, amendement qui, malgré les observations de son auteur sur la nécessité de faire du Sénat un contrepois à la Chambre des députés en matière de revision, M. Laferrière conclut (p. 17 et suiv.) : « Comment expliquer cette apparente indifférence de la part d'une majorité et d'une commission qui n'étaient certes pas suspecte de froideur pour les prérogatives du Sénat ? Se

En s'appuyant sur la nécessité de défendre le Sénat on fait valoir une autre considération pour démontrer que l'Assemblée Nationale est liée par le programme sur lequel ont voté les Chambres. C'est ainsi que M. Carré de Malberg, invoquant le principe de leur égalité, soutient qu'il se trouve « sauvegardé et continue à produire ses effets jusque dans le sein de cette assemblée en tant qu'il résulte de la constitution que le programme et l'ampleur de la revision y dépendent des résolutions précédemment adoptées par le Sénat et la Chambre des députés, délibérant séparément et librement sur le pied d'égalité » (2). Il nous semble au contraire, qu'au sein de l'Assemblée Nationale, la distinction entre sénateurs et députés disparaît, ses membres n'ont que la qualité, identique pour tous, de membres de l'Assemblée Nationale. Que ceux qui y sont entrés en tant que sénateurs soient moins nombreux que ceux entrés en qualité de députés, cela ne saurait avoir aucun effet sur les pouvoirs de l'assemblée car elle présente le caractère d'un organe unifié et non complexe dont la compétence ne saurait en aucune

résignaient-elles sans discussion à voir la Chambre des députés faire seule la loi en matière constitutionnelle? Il me semble plus naturel d'admettre que les membres de l'Assemblée trouvaient une réponse suffisante dans l'art. 8 interprété comme il doit l'être. Ils étaient rassurés par la nécessité d'un programme de revision commun aux deux Chambres et dont le Sénat pourrait exclure toute proposition téméraire... ». Ce raisonnement tient sans doute un compte très exact de l'intention des auteurs de la constitution, mais les motifs qu'il invoque, très puissants en politique, sont sans valeur juridique. On ne comprendrait pas en effet, qu'une autorité aussi importante que l'Assemblée Nationale fut liée par la conception qu'on avait du rôle du Sénat, il y a cinquante ans, sans avoir pris soin de la consacrer par un texte.

(2) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 591.

façon être restreinte par des considérations tirées de l'origine de ses membres.

En faveur de la limitation on se livre encore à des considérations de moindre importance. On invoque la majorité spéciale exigée de l'assemblée pour prendre des décisions valables (1). Pour répondre à cet argument il suffit de rappeler ce que nous venons de dire en réponse à l'objection tirée de la fixation préalable du bureau de l'assemblée. On rappelle aussi que c'est une loi ordinaire qui fixe à Versailles le lieu de réunion de l'assemblée (2). Il est difficile de saisir en quoi une semblable mesure restreint les pouvoirs du Congrès, car, le jour où il voudra se réunir ailleurs, il lui suffira de voter un texte prévoyant un autre siège.

Les partisans de la subordination des pouvoirs de l'Assemblée Nationale font, en dernier lieu, appel à un argument qui leur paraît irrésistible et en effet, au premier abord, il se présente comme relevant de l'évidence plus que de la démonstration. Il fut mis en avant pour la première fois en 1879 par M. Méline, et depuis, il est invoqué dans toutes les discussions relatives à l'étendue des pouvoirs de l'Assemblée Nationale. « Puisqu'il faut le consentement des deux Chambres pour la réunion du Congrès, disait M. Méline, la revision ne peut s'opérer que dans la mesure où ce consentement a été donné. Or, si les deux Chambres ont été d'avis que la revision ne devait se faire qu'en partie, pour un article déterminé, elle ne saurait aller au delà; car au delà le consentement requis des deux Chambres ferait manifestement défaut et le Congrès deviendrait illégal. La constitution opposerait à toute

(1) et (2) Arnoult, *Op. cit.*, p. 318.

prétention de ce genre, si elle venait par impossible à se produire, une barrière infranchissable » (1). Dans le même sens M. Esmein écrit : « Le consentement préalable des deux Chambres donné par des résolutions séparées est nécessaires pour ouvrir la revision et permettre à l'Assemblée Nationale de se réunir. Si ce consentement n'est donné que sur certains points, pour tous les autres, cette condition nécessaire manquant, la revision n'est pas ouverte » (2).

Avant d'examiner cette question au fond il importe de réfuter un argument invoqué par M. Carré de Malberg. On ne peut nier, affirme cet auteur, que lorsqu'elle est réunie pour les besoins de l'élection d'un président de la République, l'Assemblée Nationale ne peut pas, en vertu de sa seule puissance souveraine, entreprendre une revision. Cependant quelque soit le motif qui a déterminé la convocation, il n'y a pas deux organes juridiquement distincts; « ce qui diffère, suivant le cas, ce sont uniquement les tâches à remplir, les compétences à exercer, ici compétence électorale, là compétence constituante ». Or personne n'admet que l'Assemblée Nationale convoquée en vue de l'élection du président de la République puisse exercer le pouvoir constituant; comment dès lors pourrait-on soutenir que cette assemblée qui n'est pas investie d'une puissance souveraine pour se livrer de sa seule initiative à des opérations constitutantes, puisse retrouver son omnipotence pour fixer l'étendue de ses pouvoirs. « En d'autres termes, ajoute M. Carré de Malberg, il ne suffit pas que cette assemblée soit réunie

(1) Ch. 22 mars 1879. *J. O.* du 4 août, p. 1279.

(2) Esmein, *Op. cit.*, 7^e éd., t. II, p. 502; dans le même sens, Lefèbvre, *Op. cit.*, p. 218 en note.

pour que son pouvoir constituant puisse s'exercer : il faut en outre qu'elle s'y trouve provoquée et autorisée par les résolutions des Chambres qui jouent ainsi vis-à-vis d'elle le rôle d'habilitation » (1).

L'analogie invoquée par M. Carré de Malberg ne nous paraît pas évidente. Sans doute nous ne nions pas que le Congrès convoqué pour procéder à l'élection du président de la République ne puisse pas de sa seule volonté procéder à une revision constitutionnelle. Mais de cette subordination à une compétence on ne peut pas déduire que l'assemblée soit liée par les résolutions des Chambres. En effet, selon que le congrès est réuni en vue d'une élection présidentielle ou que l'assemblée est convoquée pour accomplir sa tâche constituante, les situations sont différentes. Certes les deux organes ne diffèrent point du fait de la diversité de leurs tâches, mais leurs compétences sont essentiellement distinctes. Il n'y a en droit, dans les deux cas qu'un seul et même organe mais les pouvoirs dont est investie l'Assemblée ne lui appartiennent qu'en raison de la compétence qu'elle aura à mettre en œuvre. L'organe n'a pas de pouvoir en tant qu'organe mais en tant que compétent pour effectuer une certaine œuvre; en d'autres termes, l'Assemblée Nationale n'est pas douée d'un pouvoir unique dont elle peut user soit pour élire un président de la République soit pour reviser la constitution; elle possède deux pouvoirs d'essence différente : un pouvoir électoral et un pouvoir constituant. Et de même qu'elle remplira son rôle en vertu de compétences distinctes, de même les pouvoirs qu'elle mettra en œuvre pour remplir sa

(1) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 594.

double attribution ne seront pas identiques. Sans doute elle forme un corps unique, mais en lui la puissance constituante ne se manifeste que lorsqu'il est réuni à cet effet. Par conséquent on ne peut pas conclure que l'Assemblée Nationale, n'ayant pas le droit de faire œuvre constituante quand elle est appelée à faire œuvre électorale, n'est pas davantage souveraine dans son rôle constituant. En réalité la discussion n'est possible que par suite d'une confusion sur la nature de l'Assemblée Nationale; elle disparaît si l'on considère que l'assemblée est souveraine non en tant que telle, mais en tant qu'investie du pouvoir constituant. Or rien ne s'oppose à ce qu'un même organe jouisse de pouvoirs différents suivant le rôle qu'il est appelé à remplir : un exemple caractéristique en est fourni par la diversité des pouvoirs du Conseil d'Etat suivant le titre auquel il prend ses décisions.

Ainsi le fait que l'Assemblée Nationale n'est pas souveraine dans l'exercice de son rôle électoral ne préjuge en rien la question de l'étendue de ses pouvoirs en matière constituante. Doit-on dire que même en ce cas son omnipotence est limitée par une habilitation qu'elle tiendrait des résolutions des Chambres ? Nous ne le croyons pas.

M. Esmein professe que du moment que le consentement des deux Chambres est requis pour que l'assemblée se réunisse, elle ne peut discuter les points sur lesquels il n'a pas été donné. Dans ce raisonnement il y a deux éléments très différents : d'une part l'affirmation parfaitement exacte que le Congrès ne peut être convoqué qu'avec le consentement des Chambres, et d'autre part une hypothèse qui reste à démontrer à savoir que le consentement des deux Chambres est

nécessaire pour que l'Assemblée puisse valablement délibérer sur un point donné. Or rien dans les textes ne justifie cette hypothèse, aucune indication ne permet d'affirmer qu'une habilitation des Chambres est indispensable pour que l'Assemblée Nationale puisse discuter sur telle ou telle matière. Sans doute le Congrès n'existe que par la volonté des Chambres mais c'est une pétition de principe que d'admettre que celles-ci peuvent mettre à son existence des restrictions et des conditions qui limitent l'étendue de ses pouvoirs (1). M. de Bousquet de Florian prétend cependant que cette solution est seule rationnelle. Sans croire comme lui qu'une disposition législative est nécessairement la traduction de la pure logique, nous le suivrons pourtant sur son terrain. « Il serait bien étrange, dit-il, que le Parlement ne puisse ouvrir le débat de la revision sur quelques articles, sur quelques point spéciaux, sans exposer par là la constitution toute entière... Le bon sens proteste contre l'absolu de cette interprétation : ce qui est de droit c'est que les Chambres soient libres, c'est qu'elles puissent se prononcer entre la revision totale et la revision limitée... Exiger du Sénat et de la Chambre des députés une formule générale qui ouvrirait le droit de discuter toutes les lois constitutionnelles, c'est ajouter à l'art 8 une prohibition qui n'y est pas comprise, c'est nier le principe de bon sens : qui peut le plus peut le moins. Partout où les Chambres ne sont pas liées par une disposition impérative leur droit reste entier » (2).

Ces considérations ne sont pas faites pour emporter notre adhésion. En premier lieu la maxime « qui peut

(1) Auffray. *Op. cit.*, p. 46; Moreau. *Op. cit.*, 10^e éd., p. 398.

(2) De Bouquet de Florian. *Op. cit.*, p. 151 et suiv.

le plus peut le moins » est peut-être un adage du bon sens, mais elle ne peut en aucun cas être élevée au rang de précepte juridique car elle implique la négation des règles de compétences. Le plus et le moins comprennent les degrés d'une même série, or il est difficile de trouver l'équivalent de ces séries dans l'ordre juridique. D'autre part on ne voit pas pourquoi en cas d'absence d'une disposition impérative spéciale, c'est le droit des Chambres qui doit rester intact; il semble au contraire puisque nous sommes dans le domaine des présomptions, que c'est plutôt le droit de l'Assemblée Nationale qui doit rester sans limite étant donné la force supérieure des règles qu'elle est appelée à poser.

Mais où l'erreur de M. de Bousquet de Florian est plus grave, c'est lorsqu'il veut voir un contrat dans l'accord des deux Chambres, en vue de la convocation de l'Assemblée Nationale. Cet auteur, analysant les faits qui se succèdent avant le vote des résolutions, y voit un système de concessions réciproques entre la Chambre des députés et le Sénat, une délimitation du terrain de la revision, une marche vers la conciliation, « et on n'ira au Congrès que lorsque ces divergences primitives auront fait place à l'entente la plus complète par le vote d'une résolution identique. Ce vote n'est autre chose que la signature d'un engagement, d'un contrat sur lequel chaque Chambre, chaque partie avait fait ses propositions et dont on a accepté et réglé tous les détails » (1). L'objet de ce contrat est donc la fixation des conditions mises à la réunion de l'Assemblée Nationale car « comment s'accorder sans sa-

(1) De Bouquet de Florian, *Op. cit.* p. 152.

voir sur quoi l'on s'accorde ? ».

M. Lefèbvre suit le même raisonnement erroné. Il faut un consentement des Chambres, dès lors on ne peut leur défendre de marquer la mesure dans laquelle elles veulent y consentir. Une fois que l'accord s'est établi entre le Sénat et la Chambre des députés l'Assemblée Nationale peut naître, mais « en vertu d'un contrat parfaitement conclu entre les deux Chambres, et, suivant les règles du bon sens et de la justice, ce contrat de revision ne se conçoit pas plus que tout autre sans que les parties soient tombées d'accord sur son objet et sur ses clauses » (1). M. Arnoult qui, sur tant d'autres points s'était déjà associé aux erreurs des précédents commentaires accepte encore la thèse que nous combattons. En effet, considérant que les résolutions des Chambres ont d'abord été dissemblables puis, qu'après une série de transactions, elles sont arrivées à être identiques, il explique cet accord en disant : « On s'est rendu compte que l'on obtiendrait pas tout ce que l'on demandait. On a consenti pour obtenir le moins à ne pas demander le plus. N'y a-t-il pas là un engagement, un contrat si l'on veut, mais un contrat auquel on ne peut donner de nom, que l'on pourrait comparer à la transaction, mais que nous préférons appeler tout simplement un contrat innomé » (2).

Une semblable théorie n'apparaît pas seulement en la matière qui nous occupe. On la retrouve chez certains auteurs, chaque fois qu'il s'agit d'interpréter l'accord qui est parfois requis entre deux organes pour la formation d'une décision étatique. Elle repose sur

(1) Lefèbvre. *Op. cit.*, p. 220 et suiv.

(2) Arnoult. *Op. cit.*, p. 339.

une conception erronée de la séparation des pouvoirs et nous ne saurions nous étonner de voir que, bien que formulée par MM. Lefèbvre, Arnoult ou de Bousquet de Florian, elle n'est que le développement logique de la thèse soutenue par M. Esmein en faveur de la limitation des pouvoirs de l'Assemblée Nationale par le consentement des Chambres. En effet, M. Esmein, dans un tout autre domaine sans doute mais où les principes appliqués sont les mêmes que ceux qui déterminent son opinion sur la question qui nous intéresse, voit dans la promulgation « l'acte par lequel le chef du pouvoir exécutif déclare exécutoire une loi régulièrement votée par le corps législatif, et donne aux agents de l'autorité publique l'ordre de veiller à son exécution... La nécessité de la promulgation est une conséquence logique du principe de la séparation des pouvoirs » (1). Par cette opinion, M. Esmein semble se rallier au concept de l'Etat en trois personnes : ce qui est fait par un organe n'a pas à être pris en considération par un autre car il y a en quelque sorte *res inter alios acta*. On comprend dès lors l'interprétation donnée par cet auteur du consentement des Chambres; c'est de l'accord entre personnes différentes que naîtrait l'Assemblée Nationale qui, sur les questions non prévues dans cet accord, n'aurait aucun pouvoir. De là à dire, comme le font les auteurs précités, que cet accord est un contrat, il n'y a qu'un pas à faire.

Ces idées, malgré le prestige de leur plus illustre représentant (2) ne sauraient être admises dans un sys-

(1) Esmein. *Op. cit.*, 7^e éd., t. II, p. 66 et suiv.

(2) Elles résultent en effet directement de la théorie de Montesquieu d'après laquelle « il y a dans chaque Etat trois sortes

tème étatique qui repose sur l'unité de puissance des normes juridiques. Elles ne cadrent du reste pas davantage avec la thèse classique de la personnalité de l'Etat car cette notion veut avant tout exprimer que le sujet de la puissance étatique est unique. Or la théorie que nous combattons ne tend à rien moins qu'à donner à cette puissance des sujets pluraux. Que l'on appelle cette puissance de contrainte inhérente à l'Etat volonté étatique ou validité objective des normes qui constituent l'ordre juridique en vigueur, il faut bien reconnaître que la notion qui est à la base de l'Etat c'est l'unité de la puissance qui le caractérise. Par conséquent, ce qu'on doit entendre par séparation des pouvoirs ce n'est pas un partage de la puissance étatique entre différents sujets, c'est la remise à diverses autorités, par la voie des règles de compétence, de la qualité requise pour déployer une activité sur certaines matières déterminées. Mais la puissance mise en œuvre par ces diverses autorités est unique et cette unité apparaît bien dans le fait de l'imputation à un centre unique de toutes les activités

de pouvoirs ». (*Esprit des lois*, liv. XI, chap. VI.) Cette doctrine fut interprétée dès son origine, comme un démembrement de la puissance étatique chaque autorité devant recevoir une puissance essentiellement différente de celle attribuée aux autres. (Cf. *Constit. 1791*, préambule, titre III, art. 3, 4, 5.) Par une déformation naturelle de la doctrine de Montesquieu, on est arrivé à voir dans chaque autorité le sujet d'une volonté distincte indépendante des autres, mais qui, réunie à elles, concourt à former la volonté étatique. Cette conception n'est sans doute plus professée explicitement mais c'est elle qui est à la base de la doctrine que nous essayons de réfuter, tant il est vrai, disait Jellinek (*Op. cit.*, t. II, p. 237) » que des opinions en apparence abandonnées persistent obscurément par la force de la tradition historique ».

exercées par les titulaires des diverses fonctions. Ainsi, selon les fortes expressions de de M. Carré de Malberg « les titulaires des fonctions législative, exécutive et judiciaire, reçoivent ces fonctions non pas comme des morceaux de puissance étatique, destinés à s'incorporer séparément à chacun d'eux », mais à titre de compétence dont ils useront pour collaborer au développement du système des règles étatiques en usant de la force unique inhérente à l'ensemble de ces règles.

On conçoit maintenant qu'il est impossible de parler de contrat à propos de la coopération de deux organes de l'Etat, il n'y a pas de contrat parce que, en reprenant la fiction que ce terme suppose ici, il n'y a pas pluralité de personnes en présence. Ces conclusions nous conduisent à nous élever au-dessus de la dualité des Chambres qui composent l'organe législatif. A raison de la communauté de leur tâche, la décision qu'elles prennent doit être considérée comme émanant d'une volonté unique. Sans doute jusqu'à l'adoption du texte, chaque Chambre exprime séparément sa volonté, mais, une fois le texte voté, on est en présence d'une décision unique qu'on ne peut dissocier pour retrouver ce qui est dû à la Chambre des députés et au Sénat. Par conséquent la notion de consentement s'efface et il ne demeure que la décision prise : en l'occurrence, la reconnaissance de l'opportunité de procéder à la revision des lois constitutionnelles. Il n'est donc plus possible de chercher dans le dispositif des résolutions des Chambres une limitation aux pouvoirs du Congrès.

C'est cependant ce que soutient M. de Bousquet de Florian qui considère que l'Assemblée ne tient pas ses

pouvoirs du fait de sa réunion mais de l'accord des Chambres, « car, par le contrat intervenu il (le Congrès) a reçu un certain mandat, et ici, comme en toute autre matière, le mandataire n'a d'autres pouvoirs que ceux qu'il tient de son mandant... » (1). Cette affirmation que l'Assemblée Nationale a reçu un mandat spécial en vertu duquel elle doit rigoureusement borner ses travaux aux questions déterminées d'avance par les résolutions des Chambres, est juridiquement insoutenable. On peut, à la rigueur, parler d'un engagement moral de l'assemblée vis-à-vis du Parlement, mais non d'un mandat. En effet l'élément essentiel du contrat de mandat fait défaut. Les actes accomplis par le mandataire le sont pour le compte du mandant et à son nom, or on ne voit pas dans le cas envisagé qui tiendrait les deux rôles. Puisque l'Assemblée Nationale est composée des députés et des sénateurs, en donnant mandat aux membres de l'Assemblée, ce serait eux-mêmes qu'ils choisiraient comme mandataire. Résultat impossible car il est de toute évidence que l'on ne se représente pas soi-même. Bien plus, même en admettant que par suite de leurs fonctions on considère les membres de l'Assemblée Nationale comme distincts des membres du Parlement, la théorie du mandat ne serait pas davantage justifiable. En effet, étant donné que l'acte accompli par le mandataire est réputé fait par le mandant lui-même, il faudrait dire que la revision est juridiquement l'œuvre du Parlement puisque l'Assemblée Nationale n'est que son mandataire et que les modifications accomplies par elle sont censées l'être par le corps législatif. Or il

(1) De Bousquet de Florian. *Op. cit.*, p. 154.

est manifeste que là n'est pas le sens de l'art. 8. C'est à l'Assemblée Nationale qu'il appartient d'opérer la revision et, ce faisant, elle met en œuvre un droit qui lui est propre, non celui qu'elle tiendrait d'un mandat prétendu.

Ainsi l'accord intervenu entre les Chambres ne s'analyse pas en un contrat, à plus forte raison il n'y a pas entre le Parlement et l'Assemblée, de rapport susceptible de rappeler le mandat du droit civil. Par suite les conséquences que l'on voulait tirer de ces théories pour justifier la limitation des pouvoirs de l'autorité chargée de la revision, perdent tout support juridique. Avec elles nous croyons avoir terminé l'examen des arguments invoqués à l'appui de la thèse de la limitation, mais ce ne sont là que des conclusions négatives. Il importe d'analyser maintenant les raisons qui ont été données en faveur de la thérie des pouvoirs illimités de l'Assemblée Nationale.

§ 2. — *La théorie de l'omnipotence de l'Assemblée Nationale*

On invoque d'abord un argument tiré de l'intention du législateur. Contrairement aux constituants de 1791 et de l'an III qui décidaient que les assemblées de revision devaient se borner à modifier les seuls articles indiqués par le corps législatif, et qui soumettaient la revision à toutes sortes de conditions restrictives, les auteurs de la constitution de 1875 ont voulu que la revision illimitée fut toujours possible (1). Cette inten-

(1) Duguit. *Op. cit.*, 2^e éd., t. IV, p. 542.

tion est sans doute fort probable, mais nous avons vu qu'en une question aussi essentielle, les raisons tirées de l'intention du législateur, quelque soit d'ailleurs le sens dans lequel on les fait valoir, ne sauraient avoir une influence décisive sur l'interprétation du texte. C'est un jeu dangereux que de faire résulter de quelques bribes de phrases lancées au milieu d'une discussion souvent orageuse, les principes qui régissent une des parties fondamentales de notre droit public.

Les partisans de la revision illimitée font alors valoir des arguments de droit et des arguments de **fait**, ces derniers étant tirés d'impossibilités pratiques d'appliquer le système de la subordination de l'Assemblée Nationale.

Examinons d'abord les premiers. Ils s'appuient d'abord sur le texte même de l'art. 8, mais nous avons vu qu'étant donné ses termes équivoques, on peut y trouver avec autant d'apparence de raison, aussi bien la justification de la limitation que celle de l'omnipotence du Congrès. On fait alors appel aux principes généraux de notre droit public. L'Assemblée Nationale n'est pas liée par les résolutions antérieures des Chambres car « la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires étant admise, il paraît difficile de comprendre comment le législateur ordinaire peut limiter les pouvoirs du législateur constituant. Tout au plus peut-on admettre que le législateur ordinaire prenne l'initiative de la revision » (1). Le pouvoir constituant règle l'organisation politique du pays, de lui dépendent toutes les autorités étatiques, il est maître de leur existence, et on subordonnerait

(1) Duguit. *Op. cit.*, 2^e éd., t. IV, p. 542.

l'exercice de sa puissance à une autorisation du pouvoir législatif qui ne peut que voter une loi ordinaire ! « Il est impossible disait Saint-Girons, de ne pas admettre que le pouvoir constituant est d'une nature plus élevée que le pouvoir législatif et n'a pas d'ordre à recevoir de ce dernier » (1). Il nous paraît que cet argument tiré de la supériorité du pouvoir constituant n'est pas valable, sans cependant que son inefficacité provienne des raisons que l'on a coutume d'invoquer contre lui.

M. Arnoult répondant à M. Saint-Girons s'étonne de l'affirmation de ce dernier. On ne peut, dit-il, déclarer à la fois que le pouvoir constituant est d'une nature plus élevée que le pouvoir législatif et remettre au législateur ordinaire l'exercice du pouvoir constituant. Il n'y a aucune conclusion à tirer de la supériorité du pouvoir constituant car « la simple lecture de l'art. 8 nous montre que la constitution a confié la fonction constituante aux pouvoirs établis. Les pouvoirs constitués sont en réalité, quand l'heure de la revision a sonné, des pouvoirs constituants » (2). Ainsi M. Arnoult voit dans le système de revision établi par l'art. 8, un partage de la fonction constituante. Les Chambres séparées auraient reçu le droit d'autoriser la revision en en fixant le programme et les Chambres réunies celui de statuer sur les modifications elles-mêmes, étant bien entendu que ces deux attributions relèvent l'une et l'autre du pouvoir constituant.

Nous laissons de côté la question de savoir si l'initiative est en général une manifestation du pouvoir

(1) Saint-Girons. *Manuel de Droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, 1885, p. 64.

(2) Arnoult. *Op. cit.*, p. 317.

législatif (1). Sans doute, et nous l'avons montré dans un précédent chapitre, les Chambres possèdent, en fait, la haute main sur la revision, mais juridiquement on ne peut pas dire qu'elles participent, par le droit d'initiative qui leur est reconnu, à la puissance constituante. D'une part, en effet, il faut reconnaître que l'initiative des Chambres en matière de revision diffère de celle qu'elles exercent pour la législation ordinaire. D'après l'art. 8 elles n'ont compétence que pour déclarer qu'il y a lieu à revision et, comme le fait remarquer M. Carré de Malberg, « elle ne peuvent pas saisir l'Assemblée Nationale d'un projet proprement dit, c'est-à-dire d'un projet rédigé par elles » (2). D'autre part même si l'on admet qu'elles peuvent fixer l'étendue de la revision, ce pouvoir ne les associe pas à la puissance revisionniste, car il est purement négatif. Le rapporteur d'une proposition de loi ne participe pas au pouvoir législatif du seul fait qu'il limite jusqu'à un certain point le cadre des débats auxquels donnera lieu la proposition ; le pouvoir législatif ne s'exerce que par le rejet ou l'adoption d'un texte, on ne voit pas pourquoi il en irait autrement en ce qui concerne le pouvoir constituant. Les Chambres ne fixant pas le contenu éventuel de la revision, n'ont en cette matière aucun pouvoir de revision, et par suite ne participent pas à l'exercice du pouvoir constituant. M. Borgeaud bien que défendant la thèse, insoutenable

(1) Qu'on nous permette de dire que nous le croyons pas. Il n'y a exercice de la fonction législative que dans l'adoption d'un texte : l'initiative, comme la promulgation, comme le veto ne rentre pas à proprement parler dans le cadre de la mise en œuvre du pouvoir législatif.

(2) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 595.

à notre avis, de la limitation des pouvoirs de l'Assemblée Nationale, admet cette conclusion en disant : « C'est pour maintenir la distinction entre la constitution et les lois que l'assemblée de Versailles a attribué la revision de la première à un Congrès. Ce Congrès est lié, il est vrai, par les décisions des Chambres, mais seulement quant à la matière de ses délibérations » (1).

En réalité l'argumentation de M. Arnoult repose sur une conception incorrecte des pouvoirs des Chambres et de ceux de l'Assemblée. Son erreur est celle que nous avons déjà eu l'occasion de relever chez les auteurs qui veulent assimiler les pouvoirs de l'Assemblée dans son rôle électoral à ceux qu'elle possède lorsqu'elle procède à la revision. Il n'est pas exact de dire que les pouvoirs constitués sont des pouvoirs constituants lorsqu'il s'agit d'effectuer la revision et d'en déduire que lorsqu'ils ne sont encore que pouvoirs constitués ils possèdent déjà le pouvoir d'un organe constituant. Ce pouvoir ils ne l'ont qu'en tant qu'ils sont convoqués pour modifier la constitution ; ils est étroitement lié à la compétence et ne saurait demeurer en permanence dans l'organe qui n'est appelé à en user qu'en certaines circonstances qui, dans le cas envisagé par M. Arnoult, ne se sont pas encore produites.

Mais si les objections que nous venons de passer en revue ne parvient pas à infirmer la thèse soutenue par les partisans de la souveraineté absolue de l'Assemblée Nationale, doit on en déduire qu'elle est justifiée ? Non, certainement pas par l'argument tiré de la nature spéciale du pouvoir constituant. Ce n'est certes

(1) Borgeaud. *Etablissement et revision des constitutions en Amérique et en Europe*, p. 305 et suiv.

pas après avoir au début de cette étude, repoussé de toutes nos forces la théorie de l'essence supérieure du pouvoir constituant que nous l'invoquerions maintenant à l'appui d'une thèse qui nous paraît juste.

La doctrine de la séparation du pouvoir constituant devenue traditionnelle depuis Sieyès se déduit de ce que le peuple seul est souverain. On peut dire qu'elle est traditionnelle dans les esprits sinon dans les textes et les révolutions successives qui ont marqué le cours de notre histoire prouvent amplement que les dispositions législatives n'ont pu en empêcher la continuelle application. Cependant nous croyons avoir montré qu'on ne peut distinguer dans l'Etat deux sortes de souveraineté, l'une antérieure à l'ordre juridique lui-même, posant la loi fondamentale de laquelle dépendent les autorités constituées; l'autre d'une essence moindre et se manifestant quotidiennement, appartenant aux organes constitués. Juridiquement on ne peut concevoir qu'une seule souveraineté, c'est-à-dire le pouvoir uniforme appartenant à l'ensemble des normes étatiques de valoir comme telles et cela quel que soit la matière qu'elles régissent. C'est pourquoi rien ne s'oppose à ce que l'on remette à un organe constitué la compétence pour poser ou modifier des règles qui tireront leur force supérieure non de l'autorité qui les édicte mais de leur place au faite de la hiérarchie des normes étatiques. Sans doute, selon l'observation de M. Carré de Malberg, il faut faire exception pour les constitutions qui ont en fait adopté et consacré un système d'organisation étatique dans lequel le peuple est institué organe suprême. Mais cette réserve faite on ne peut pas prétendre, d'une manière absolue, que le pouvoir constituant exige pour son exercice l'intervention d'un

organe spécial. Nous avons vu qu'il n'y a entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires qu'une différence dans la place qu'elles occupent dans la hiérarchie des normes étatiques, non une diversité de nature. Dès lors on ne comprend pas pourquoi l'organe législatif organique ne recevrait pas compétence pour émettre une décision constitutive, étant bien entendu d'ailleurs que l'étendue de ces pouvoirs variera selon l'œuvre qu'il aura à accomplir.

Nous avons montré que la constitution de 1875 consacrait une rupture avec la doctrine traditionnelle, rupture que les dispositions législatives antérieures faisaient prévoir mais qu'aucune d'entre elles n'avaient nettement manifesté. Il ne nous appartient pas de rechercher si la tradition s'est maintenue dans les esprits, nous ne voulons considérer ici que les textes, mais nous ne pouvons admettre comme valables, en faveur de la supériorité du pouvoir constituant, des arguments que certaines tendances intellectuelles inspirent peut-être, mais qu'en tout cas, les textes ne permettent pas.

Très proche des raisons que l'on veut tirer d'une certaine interprétation de la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires, on fait intervenir un autre argument. « On ne conçoit guère, dit M. Moreau, que les pouvoirs constitués puissent limiter les droits du pouvoir constituant » (1). La question intéresse l'interprétation de la constitution, or ce droit n'appartient qu'à l'Assemblée Nationale. En donnant à l'art. 8 le sens de la limitation on attribue au pouvoir législatif un droit qui ne lui appartient pas. Les

(1) Moreau. *Op. cit.*, 10^e éd., p. 403.

Chambres n'ayant que le pouvoir législatif sont incompetentes pour interpreter la constitution et à cet égard leurs votes sont sans valeur obligatoire. C'est ce que déclarait déjà M. Dufaure en 1876. « Il n'y aura, disait-il, qu'un pouvoir au monde qui ait le droit d'interpreter la constitution et qui l'interprètera : ce pouvoir c'est l'Assemblée Nationale chargée de la reviser. Elle seule aura ce droit ». M. Arnoult prétend supprimer toute valeur à cette déclaration du fait des circonstances dans lesquelles ce droit d'interprétation a été revendiqué pour le Congrès. Rappelant les motifs politiques qui ont amené M. Dufaure à prononcer ces paroles, il écrit : « Ce n'est pas du droit d'interprétation qu'il s'agissait en 1876, mais du droit de revision entendu dans son sens le plus large, puisqu'il va jusqu'à la destruction des institutions, et le raisonnement qui conclut de ce prétendu droit d'interprétation à l'omnipotence du Congrès est un des plus beaux exemples de pétition de principe que l'on puisse citer. M. Dufaure voulait dire qu'en 1880, lorsque les Chambres auraient le droit d'initiative de la revision, on pourrait remettre en question l'existence de la République, mais peut-on admettre qu'il ait voulu dire, lui qui a eu l'idée de subordonner la réunion du Congrès à un vote préalable des deux Chambres, qu'il ait voulu dire que le Congrès n'aurait pas à tenir compte de ce vote et jouirait d'une liberté illimitée ? » (1).

Sans doute cette analyse semble suivre avec impartialité les intentions de M. Dufaure, mais ce dont il s'agit, ce n'est pas ce qu'un membre du Parlement

(1) Arnoult. *Op. cit.*, p. 323.

entendait par ce droit d'interprétation, c'est de savoir si ce droit, en lui-même, peut appartenir aux Chambres. Or on ne peut nier que ce serait étendre singulièrement leurs pouvoirs que de le leur reconnaître.

M. Arnoult n'hésite cependant pas à le faire. Les Chambres ont le droit d'interpréter la constitution en vertu de l'adage : « Ejus est interpretari, cujus est condere ». Mais la question se pose de savoir si les Chambres ont le droit de faire la constitution, or, il est hors de doute que, ainsi que nous l'avons montré, il est inexact de prétendre que les Chambres exercent une partie de la fonction constituante. La maxime invoquée perd donc toute sa portée et l'argumentation qu'elle étayait s'effondre du même coup. Toutefois les partisans de la limitation se ressaisissent promptement et affirment que même si on refuse aux Chambres le caractère constituant on doit leur reconnaître le droit d'interprétation étant donné, suivant le mot de Jules Ferry qu'on ne « peut se placer en face d'un texte quelconque et en tirer une conséquence sans l'interpréter » (1).

Cet argument n'est pas très solide car s'il permet aux Chambres le droit de revendiquer le pouvoir d'interpréter la constitution, il ne conduit pas nécessairement à reconnaître la soumission de l'Assemblée Nationale aux décisions du législateur ordinaire. Par là on s'expose à un conflit qu'il faudrait être bien partial pour ne pas résoudre en faveur de l'Assemblée Nationale. Et puis il faut s'entendre sur le sens du mot interprétation. C'est un terme dont le sens présente en

(1) Ch. J. O., 1^{er} juillet 1884, p. 1517.

quelque sorte des degrés selon le résultat auquel aboutit l'intervention qu'il désigne. Or on ne peut établir aucune analogie entre le sens de l'interprétation quotidienne à laquelle se livre le législateur en appliquant les dispositions de la constitution et l'interprétation dont il s'agit ici qui ne conduirait à rien moins que de subordonner l'exercice de la fonction constituante au bon vouloir de l'autorité législative.

Il n'est pas davantage possible de tirer un argument des décisions qu'ont cru devoir prendre les différentes Assemblées Nationales réunies en application de l'art. 8 de la loi du 25 février 1875. Même en admettant, ce qui n'est pas certain, que, lors des revisions de 1879 et 1884, le Congrès se soit estimé lié par les résolutions antérieures des Chambres on ne peut pas conclure qu'il a reconnu le droit d'interprétation aux Chambres délibérant séparément. En effet une nouvelle Assemblée Nationale pourra toujours en décider autrement et reprendre ainsi son indépendance. Les partisans de la limitation nous accusent alors de manquer d'une élémentaire rigueur de pensée. Si vous admettez, disent-ils, qu'un Congrès peut défaire ce que les précédents ont établi, c'est que l'interprétation du Congrès n'est pas souveraine. Or de deux choses l'une : « Ou reconnaître au Congrès un droit exclusif d'interprétation et alors s'incliner devant l'interprétation qu'il a donnée, ou admettre les Chambres à exercer séparément ce droit d'interprétation ». A cela nous répondrons d'abord que la décision de l'Assemblée Nationale peut fort bien être souveraine à l'égard du parlement sans lier un Congrès ultérieur. En outre le dilemme dans lequel on veut nous enfermer n'existe pas car il disparaît par l'intervention d'un troisième

élément : la possibilité pour l'Assemblée Nationale de modifier l'interprétation que sa devancière a donnée.

Les auteurs qui professent l'omnipotence de l'Assemblée Nationale veulent trouver une nouvelle confirmation de leur opinion dans le fait que c'est à l'Assemblée Nationale qu'incombe le soin de fixer son ordre du jour. Ainsi Duguît écrit : « C'est un principe de droit parlementaire qu'une Assemblée est toujours maîtresse de son ordre du jour, qu'elle peut l'interrompre, le modifier, l'intervertir ». Or en déterminant les points sur lesquels portera la revision, les Chambres fixent l'ordre du jour de l'Assemblée Nationale, ce qu'incontestablement elles ne peuvent pas faire. C'est l'argument qu'invoquait déjà M. Clémenceau en 1891 : « Monsieur le Président du Conseil a dit que le Congrès ne pouvait se réunir qu'après que les deux Chambres s'étaient mises d'accord sur l'ordre du jour de l'Assemblée Nationale. — Non, répondit Gambetta..., j'ai parlé de points à trancher dans le Congrès, je n'ai pas parlé d'ordre du jour. — Alors, reprit M. Clémenceau, nous sommes bien près de nous entendre, car comment peut-on limiter les points à trancher si on ne limite pas l'ordre du jour » (1).

Cette réponse repose sur une confusion que les partisans de la limitation se hâtent, à juste titre d'ailleurs, de relever. Sans doute, toute assemblée a le droit de fixer son ordre du jour, mais à une condition, c'est qu'elle n'y fasse rentrer que les matières qu'elle est compétente pour traiter. Elle peut avoir des attributions limitées bien que maîtresse de son ordre du jour. « En un mot, c'est la compétence qui détermine

(1) Ch. J. O. 16 novembre 1881.

ce qui peut être inscrit dans l'ordre du jour; ce n'est pas l'ordre du jour qui détermine la compétence » (1).

Ayant ainsi épuisé les arguments de droit, les défenseurs de la théorie des pouvoirs illimités de l'Assemblée Nationale en viennent à invoquer des raisons de fait qu'ils tirent de l'impossibilité d'appliquer pratiquement le système de la limitation.

Ils disent d'abord qu'il est impossible de limiter à l'avance les questions sur lesquelles l'Assemblée Nationale pourra discuter parce que leur examen peut entraîner le débat sur un autre terrain. En opérant certaines réformes on peut rompre l'équilibre établi par la constitution; il faut donc que l'Assemblée Nationale soit libre de mettre en harmonie les dispositions non visées avec celles qu'elle vient de modifier. Cette thèse fut soutenue déjà par Condorcet dans l'*Exposition des principes et des motifs de la constitution de 1793*. « Dans un ouvrage, disait-il, qui doit offrir un ensemble systématique, tout changement doit entraîner un examen général, afin de pouvoir raccorder toutes les parties avec le nouvel élément introduit dans le système ». En décidant, dans son art. 117, que la Convention Nationale « ne s'occupe relativement à la constitution, que des objets qui ont motivé sa convocation » la constitution du 24 juin 1793 n'a guère tenu compte des observations de son premier rapporteur. C'est qu'en réalité la remarque de Condorcet et l'objection analogue que font valoir les partisans de l'omnipotence du Congrès n'ont pas la portée que leur attribuent leurs auteurs. En effet, le programme de la revision peut être étudié et rédigé par les Chambres de telle sorte que

(1) Arnoult. *Op. cit.*, p. 330.

L'examen des questions soumises à revision n'entraîne pas la nécessité d'une retouche de toute la constitution. Et ce sera d'autant plus facile que nos lois constitutionnelles, loin de se présenter comme un ensemble systématique, apparaissent comme un recueil de dispositions ajoutées les unes aux autres sans lien logique pour les coordonner. Les Chambres, lors des débats préalables au vote de la résolution, pourront envisager les répercussions possibles qu'entraîneront les réformes sur les points indiqués et tracer en conséquence le programme de la revision. Que si, lors de la discussion, le Congrès s'aperçoit qu'une question, à lui soumise, ne peut être tranchée que par les modifications de textes connexes non visés dans les résolutions il devra suspendre ses travaux. Ce sera alors aux Chambres de fixer un programme tenant un compte suffisant des nécessités de la revision.

Nous nous faisons pour le moment l'avocat d'une thèse qui nous paraît insoutenable, cependant il faut bien reconnaître que l'objection tirée de la nécessité de laisser à l'Assemblée Nationale une complète liberté ne porte pas car nous venons de voir comment on peut y répondre par un raisonnement qui, le principe de la limitation étant admis, se présente comme irréfutable.

Mais alors on invoque un dernier argument qui semble bien, celui-là, ne comporter aucune réplique. Soit, dit-on, les Chambres votent des résolutions demandant une revision limitée; mais si l'Assemblée Nationale ne se juge pas liée par elles, aucune sanction n'est prévue pour lui imposer le respect du programme rédigé par le Parlement. On ne saurait, en effet prétendre que le président de la République devrait re-

fuser de promulguer les lois de revisions ainsi entachées d'excès de pouvoir; un tel procédé aurait, selon l'heureuse expression de MM. Barthélemy et Duez, « un regrettable parfum de coup d'Etat » (1).

M. Arnoult s'efforce cependant de trouver des sanctions pratiques. Considérant que toutes les propositions de revision doivent être renvoyées à la Commission, il découvre une sanction possible dans le fait que « la commission proposera pour ces propositions l'adoption de la question préalable et l'Assemblée devra la voter. Car c'est là, dit-il, le vrai moyen de respecter l'accord qui est intervenu avant la revision du Congrès » (2). Sans doute, mais cette sanction ne jouera que si l'Assemblée est convertie d'avance à la doctrine de la limitation de ses pouvoirs, car si elle repousse la question préalable et persiste à se déclarer omnipotente, aucun procédé ne pourra l'empêcher de discuter et de voter des réformes non contenues dans les résolutions des Chambres.

Le bureau de l'Assemblée pourrait se retirer, dit-on encore. Formé de sénateurs, c'est-à-dire des membres que l'indépendance du Congrès met le plus en danger, il n'hésiterait pas à quitter la séance au cas où celui-ci excéderait ses pouvoirs. Peut-être même une partie de l'Assemblée le suivrait-elle, empêchant ainsi

(1) Barthélemy et Duez. *Op. cit.*, p. 696. C'est cependant la thèse que soutenait Gambetta dans son discours du 26 janvier 1882. « Comme le Congrès n'a pas le pouvoir exécutif, disait-il, il arriverait que sa décision serait caduque, qu'elle ne serait pas promulguée, qu'elle ne prendrait pas la vie extérieure... ». Nous avons montré ailleurs qu'il est inexact de croire que la promulgation confère la force exécutoire à la loi. Les paroles de Gambetta sont donc doublement critiquables.

(1) Arnoult. *Op. cit.*, p. 353 et suiv.

toute délibération valable pour peu que les membres dissidents soient assez nombreux pour empêcher la formation de la majorité exigée par l'art. 8. Ou bien le président de la République usant du droit qu'il tient du § 2, art. 2 de la loi du 16 juillet 1875 pourra ajourner les Chambres, ou, sans même aller jusque là, il pourrait adresser un message au Congrès, lui rappeler qu'un engagement d'honneur le lie aux résolutions des Chambres, et enfin faire pression sur lui par une menace de démission. On avouera que ce sont là des garanties assez minces. Désireux de trouver une protection contre l'omnipotence de l'Assemblée Nationale, M. Arnould va même jusqu'à reconnaître au président de la République le droit de dissoudre la Chambre des députés et d'empêcher l'assemblée de siéger. Cependant toutes ces mesures, dont certaines sont plus dangereuses que le mal, ne conduisent à aucun résultat appréciable; bien plus, si l'assemblée s'obstine, les garanties qu'on nous présente sont toutes, plus ou moins, des émanations de coup d'Etat.

Les sanctions que M. de Bousquet de Florian prétend trouver dans l'organisation politique actuelle, dégagent toutes, elles aussi, ce « parfum de coup d'Etat ». Qu'il s'agisse en effet d'un refus de promulgation de la part du président de la République, ou d'un refus d'application de la loi considérée comme inconstitutionnelle par les tribunaux; d'une scission dans l'Assemblée ou d'une dissolution avec la complicité du Sénat, les garanties proposées, loin de résoudre la question, ne feront que l'envenimer sans lui apporter une solution qui s'impose par sa légalité.

En réalité il ne faut pas chercher de sanction car, d'une part, il est certain qu'il n'y en a pas, et, en outre,

l'argument tiré de leur absence ne saurait en rien infirmer la thèse de la limitation des pouvoirs de l'Assemblée Nationale, si, par ailleurs, elle était prouvée. Une sanction directe est introuvable, car, ainsi que le disait M. Naquet en 1894, il faut bien reconnaître que la loi « aurait-elle spécifié la possibilité pour les deux Chambres de limiter à l'avance l'œuvre du Congrès, cette interdiction eût été illusoire, car on ne peut pas empêcher individuellement les membres des deux majorités de s'entendre et de faire un pacte dont, sauf le cas de trahison, personne ne peut prévoir la violation, puisqu'il émanerait de deux majorités qui, réunies, ne sauraient se transformer en minorité » (1). En effet, et cette fois c'est J. Ferry qui parle, « on ne fait pas la procédure des révolutions on n'édicte pas un corps de loi pour le cas où les pouvoirs publics voudront violer la constitution » (2). C'est pourquoi les constituants de 1791, voulant faire respecter le système de la revision limitée qu'ils établissaient, n'ont trouvé d'autres garanties qu'un serment prononcé par les membres de l'Assemblée.

Il est un degré dans l'ordre juridique où l'absence de sanction n'implique pas l'absence de droit; le seul genre de sanction est alors celui qui est fourni par la conscience des individus titulaires des pouvoirs publics et en ce sens il est juste de dire que les institutions valent par les hommes qui président à leur fonctionnement. Ainsi qu'on l'a souvent noté, l'obligation, pour la Cour de Casation, de respecter la loi n'a d'autre sanction que la conscience des conseillers. De même,

(1) Ch. J. O. 16 mars 1894, p. 526.

(2) Sénat. J. O. 25 juillet 1884, p. 1339.

s'il était démontré que l'Assemblée Nationale doit limiter ses débats aux articles visés par les résolutions des Chambres, la seule garantie que l'on pourrait trouver contre une usurpation de pouvoir de sa part, résiderait dans la loyauté de ses membres.

3. — *L'étendue des pouvoirs de l'Assemblée Nationale déterminée par la place des règles qu'elle pose dans la hiérarchie des normes étatiques.*

Ayant passé en revue les arguments fournis tant en faveur de la limitation des pouvoirs de l'Assemblée Nationale, qu'à l'appui de la thèse contraire, on est bien contraint de reconnaître que, faute d'un texte clair et précis, les raisons invoquées ne permettent pas de conclure dans un sens plutôt que dans un plutôt que dans un autre. Les dissertations construites pour interpréter l'art. 8 comme s'il s'agissait d'une disposition obscure d'un code, apparaissent comme insuffisantes pour établir un point de droit certain. Quant aux précédents, la plus élémentaire sagesse conseille de ne point s'y tenir car, selon la théorie que l'on veut justifier, ils prennent une portée différente. Cependant, bien que les auteurs de nos lois de 1875 ne paraissent pas avoir prévu la difficulté soulevée par la question qui nous occupe, il n'est pas possible de la laisser en suspens ou d'y voir, comme certains auteurs le conseillent, le point de départ d'une crise politique éventuelle dont il ne sera pas possible de sortir légalement (1).

(1) Lefebvre. *Op. cit.*, p. 244.

Nous croyons, au contraire que l'objet de l'analyse juridique est d'empêcher que certaines autorités profitent des lacunes existant dans l'ordre juridique pour justifier soit une usurpation de pouvoir soit le refus de certains droits à une autorité qui croit légitimement y prétendre. C'est pourquoi il convient de ne pas laisser sans réponse une question qui intéresse au plus haut chef les destinées de l'Etat, ni même de s'en tenir aux solutions qui ont été données par la jurisprudence constitutionnelle telle qu'elle se dégage des revisions accomplies depuis 1875. En effet, il en est de ces solutions comme de toute jurisprudence; ce que plusieurs décisions ont établi, une autre peut le défaire, et il est dangereux de fournir, par cette possibilité, un encouragement aux prétentions de certaines autorités étatiques.

Dans un Etat régi par une constitution rigide il n'y a pas de place pour une coutume constitutionnelle se dressant à l'encontre de la règle de droit. Sa valeur morale peut être considérable au point de restreindre l'activité de certains organes, mais sa portée juridique est nulle. Dans ces conditions c'est à la règle seule qu'il appartient de fournir une solution, et si le texte est muet, il faut avoir recours non à l'intention présumée du législateur, mais aux principes formels, tels qu'ils se dégagent du système juridique en vigueur. C'est cette méthode que nous allons essayer de suivre pour établir l'étendue de pouvoirs de l'Assemblée Nationale en matière de revision des lois constitutionnelles.

Il importe d'abord de noter que si l'on considère que l'Assemblée est liée par l'indication des articles à modifier contenue dans les résolutions des Chambres, elle possède bien un pouvoir de revision en ce

sens qu'elle pourra décider des termes des dispositions qu'elle introduira dans les lois constitutionnelles en remplacement des articles soumis à son examen, mais on ne peut pas dire qu'elle exerce le pouvoir constituant au sens propre du mot. En effet, son rôle se bornera à discuter sur des matières prévues dans la constitution, mais elle ne pourra pas délibérer sur l'adoption ou le rejet d'un texte se rapportant à une matière sur laquelle la constitution n'a pas légiféré. Etant donné d'une part que le vote des Chambres est seulement indicatif des articles à reviser et que, d'autre part en dehors de ce programme, l'Assemblée Nationale ne peut exercer valablement aucun pouvoir, on est forcément conduit à admettre qu'aucune innovation ne pourra être légalement introduite dans l'ordre constitutionnel. Les Chambres ne peuvent qu'indiquer des numéros d'articles, l'Assemblée ne peut discuter que sur les textes qui lui sont ainsi soumis, donc tout ce que la constitution n'a pas prévu, s'agirait-il d'une décision à prendre d'urgence dans l'intérêt du pays, ne peut définitivement plus être introduit dans l'acte constitutionnel. Cette conclusion entraîne une conséquence dont l'évidente exagération ne s'explique que par l'inexactitude d'un des éléments qui lui ont donné naissance. On ne saurait penser, en effet, que le législateur de 1875 a voulu établir une constitution modèle à laquelle, certes, on pourrait apporter des retouches, mais sans jamais pouvoir y faire entrer des textes se rapportant à des matières qu'initialement elle ne régissait pas.

Jamais une pareille interprétation de l'art. 8 ne fut donnée et c'est pourquoi, lors de la révision de 1884, l'Assemblée put ajouter à la constitution une addition

que rien dans les textes antérieurs ne laissait prévoir. En votant l'inéligibilité à la présidence de la République des membres des familles ayant régné sur la France (1), l'Assemblée Nationale ne se considéra nullement liée par les résolutions antérieures des Chambres et introduisit dans la constitution un article qui, n'existant pas encore, ne pouvait être visé par un vote du Parlement. De même elle outrepassa le programme qui lui était fixé par les résolutions en discutant au fond une proposition Andrieux qui tendait à l'abrogation des art. 1 à 7 de la loi du 24 février 1875 (2), alors qu'il était précisé dans le dispositif des résolutions que la discussion ne devrait porter que sur la déconstitutionnalisation de ces textes.

Qu'on ne dise pas que si la nécessité d'une disposition nouvelle se faisant sentir, les Chambres pourraient toujours dans le dispositif de leurs résolutions, indiquer des matières sur lesquelles le Congrès sera appelé à délibérer bien que la constitution n'en fasse pas mention. Un pareil raisonnement conduirait à ruiner le fondement de la thèse si ardemment défendue : l'énumération des articles, et en outre, il rendrait caduque la théorie toute entière de la limitation, car, s'il est facile de restreindre une compétence au strict examen d'un texte, il est impossible de la limiter par l'indication, forcément imprécise, d'une matière. En effet, l'Assemblée Nationale pourra toujours, et à juste titre, prétendre que le sujet qui lui est proposé comporte l'examen des questions connexes, or en pareille voie — et à moins que les résolutions ne con-

(1) *J. O.*, 7 août 1884, p. 50 et suiv.

(2) *J. O.*, 11 août 1884, p. 126.

tiennent explicitement le texte qu'elles désirent faire adopter, cas qui par définition est anti-constitutionnel — aucun obstacle ne pourrait légitimement s'opposer à une extension indéfinie des pouvoirs de l'Assemblée.

On pourrait encore envisager l'hypothèse dans laquelle l'Assemblée Nationale, après examen des textes qui lui sont soumis, déclare qu'il n'y a pas lieu de les modifier. Nier la possibilité d'une semblable éventualité ce serait méconnaître la versatilité des assemblées parlementaires. Si un pareil cas se présentait, que faudrait-il conclure sinon que l'Assemblée n'ayant pas jugé à propos de prendre en considération le programme qui lui a été soumis par les Chambres n'est pas davantage liée par lui si la nécessité d'une décision qu'il n'a pas prévu, s'impose. En effet, puisque l'Assemblée est libre de décider que les textes qu'on lui défère ne doivent pas être modifiés, elle statue bien sur un point que son prétendu programme n'avait pas prévu : le rejet de ce programme lui-même. Dès lors, si dans ce cas on lui reconnaît une indépendance suffisante pour ne pas être liée par le vote des Chambres, comment peut-on justifier la barrière que l'on prétend imposer à ses pouvoirs lorsque, ne se bornant plus à une décision négative, il s'exerce pour l'adoption des dispositions nouvelles ? Ou bien on devra l'obliger à statuer dans tous les cas, ou bien on lui reconnaîtra une compétence indépendante des articles qui lui sont soumis, ne fut-ce que pour refuser de les examiner, et alors cette compétence, une fois reconnue lui sera accordée sur tous les points qu'elle jugera dignes de retenir son attention, même si les résolutions antérieures des Chambres n'en font pas mention.

Mais revenons à notre hypothèse primitive: Du moment que le Congrès n'aura en aucun cas la possibilité d'innover et que manifestement, un jour ou l'autre, le besoin de dispositions nouvelles se fera sentir, à qui appartiendra-t-il de les discuter d'abord, de les adopter ensuite ?

Cette question met en lumière la conception qui est à la base même de la théorie de la limitation des pouvoirs de l'Assemblée Nationale. Ses partisans sont guidés, inconsciemment peut être, tant la force de la tradition est grande, par l'idée d'une différence entre un pouvoir de revision s'exerçant dans le cadre de l'ordre statutaire préétabli et un pouvoir autonome et supérieur à l'ordre juridique. Au premier n'appartiendrait que le droit de procéder à des modifications de détails pour mettre en harmonie l'acte constitutionnel avec les tendances de l'opinion et satisfaire aux besoins ordinaires de transformations de l'organisation étatique. Au second, le rôle de réformateur de l'ordre normatif en vigueur dans sa totalité, en vertu d'un pouvoir dont le sujet, extérieur à l'Etat, n'est autre que la nation maîtresse de ses destinées et libre de se donner l'organisation étatique qui lui convient, en dehors des formes prescrites pour les modifications de détails, par la constitution qu'elle entend remplacer.

On reconnaît bien ici la thèse contre laquelle nous n'avons cessé de nous élever durant tout le cours de cet ouvrage. C'est celle qui, prenant son origine dans les travaux de Sieyès, a constitué, par dessus la tradition juridique des textes, une tradition historique ou de fait qui « résulte de ce que les diverses constituantes de 1791, de 1793, de 1848 et de 1871, réunies au lendemain de bouleversements politiques et au mi-

lieu du désordre constitutionnel, ont pu, en pratique, se comporter comme investie d'une pleine et indéfinie souveraineté » (1). Selon cette idée, prépondérante encore chez un certain nombre d'auteurs, une assemblée constituante n'est souveraine que si elle s'appuie sur la volonté inconditionnée de la nation, or le fait que le pouvoir de revision est confié à la même autorité que celle dont dépend la législation ordinaire, suffit, croit-on pour que la condition d'existence d'une véritable assemblée constituante ne soit pas remplie. Ainsi s'explique la thèse des partisans de la limitation des pouvoirs de l'Assemblée Nationale : organe constitué au même titre que les autres organes étatiques, elle ne saurait avoir que des pouvoirs restreints. Quant à la plénitude de la souveraineté, elle réside dans la véritable assemblée constituante qui n'est plus celle-ci un organe constitué, mais le représentant direct de la nation auquel il appartient d'accomplir l'acte primordial de souveraineté c'est-à-dire un acte qui, supérieur à l'ordre juridique, l'établit sans lui être subordonné.

Ainsi la doctrine qui nie l'indépendance de l'Assemblée Nationale vis-à-vis du Parlement, conduit nécessairement à introduire dans l'organisation constitutionnelle, un élément extérieur au droit : la puissance de fait d'une assemblée constituante à laquelle appartiendra la plénitude de la souveraineté. Car, si l'on ne veut pas reconnaître à l'organe qui a statutairement reçu compétence pour la revision la plénitude des pouvoirs pour procéder à cette tâche, il faut manifestement attribuer cette indépendance à une autorité qui, n'étant pas prévue par l'ordre juridique en vigueur,

(1) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 536, note 26.

ne pourra être considérée que comme une puissance de fait. C'est du reste la conclusion à laquelle aboutissent logiquement ceux qui demandent une modification radicale de nos institutions. Estimant, à tort, que l'Assemblée Nationale, en raison des pouvoirs illimités que la majorité des auteurs lui reconnaît, n'est pas un instrument adapté à la réalisation d'un plan de réforme générale, ils demandent la convocation d'une Constituante. Nous n'énumérerons pas les ouvrages ou brochures qui avant et au lendemain de la guerre, se ralliaient à cette doctrine; il suffit de rappeler qu'elle fit l'objet d'une proposition de revision, déposée le 15 mars 1894, par M. Naquet (1), et que c'est encore en application de ces principes, erronés selon nous, que M. J.-L. Bonnet déposa une proposition de revision en 1925 (2). De même, M. Hauriou, complètement rallié à cette théorie, peut écrire : « L'organe de revision totale est une convention nationale, élue spécialement pour cet objet » (3). Il est amené à cette conclusion parce qu'il prétend que l'existence d'une clause de revision entraîne, entre autres conséquences, la pratique des revisions limitées. « Il n'est pas douteux, écrit le regretté doyen de la Faculté de droit de Toulouse, que si les lois constitutionnelles complétées par les pratiques constitutionnelles, s'efforcent d'établir le principe de la revision limitée, le pouvoir constituant doit être considéré comme lié par ce principe » (4). Mais comment ne pas s'apercevoir de la faiblesse d'une semblable affirmation ? En pre-

(1) Ch. J. O., 15 mars 1894, p. 525.

(2) Ch. J. O., 27 février 1923, p. 1402.

(3) Hauriou. *Op. cit.*, 1930, p. 113.

(4) Hauriou. *Op. cit.*, 1923, p. 294.

mier lieu l'avantage que son auteur prétend en tirer en faveur de la continuité et de la fixité du régime constitutionnel, est bien précaire puisqu'il suffit pour le faire disparaître que les Chambres demandent une revision illimitée; et ensuite, du moment que l'assemblée de revision ne peut qu'amender la constitution par des retouches de détail, le danger des conventions élues spécialement en vue de réformer totalement les institutions, reparaitra au milieu d'une agitation politique et électorale interne. Il est infiniment préférable de remettre la plénitude du pouvoir de revision à un organe constitué toujours prêt à être convoqué donc immunisé contre les entraînements électoraux et, en définitive, le résultat cherché par M. Hauriou, « le recul progressif du pouvoir constituant populaire », aura beaucoup plus de chance d'être atteint.

C'est pourquoi nous croyons que, bien loin de ne pouvoir réaliser des retouches partielles, l'Assemblée Nationale a reçu de la constitution la puissance d'opérer essentiellement une refonte totale de nos institutions. Si jusqu'à ce jour rien ne fût tenté en ce sens c'est que le besoin ne s'en est pas fait sentir; mais nous sommes convaincu que, le cas échéant, l'Assemblée Nationale pourrait prendre toutes les mesures qui lui paraîtraient indispensables, sans qu'il soit nécessaire pour cela de faire appel à une assemblée spéciale. En énonçant cette conviction nous ne faisons d'ailleurs que rendre un hommage, peut-être immérité, aux auteurs de notre constitution; nous pensons que suffisamment instruits par les précédents fâcheux qu'avait créé dans notre histoire l'institution d'assemblée constituante spéciale, ils ont jugé préférable de remettre l'exercice de la fonction de revision à un organe cons-

titué dont une longue pratique parlementaire a atténué l'enthousiasme dangereux, sans pour cela restreindre le moins du monde les pouvoirs que doit posséder une assemblée appelée à reviser la règle fondamentale de l'Etat.

Ainsi, au fond des théories qui ont été établies autour des pouvoirs de l'Assemblée Nationale, on trouve la distinction, que nous avons notée dès notre premier chapitre, entre le pouvoir de revision et le pouvoir constituant. C'est en s'appuyant sur ce dernier que les partisans de l'omnipotence du Congrès affirment l'étendue illimitée de ses pouvoirs; et de même c'est par respect pour cette dualité de pouvoir que d'autres auteurs défendent la thèse de la limitation. Nous croyons avoir montré que la conception sur laquelle l'une et l'autre de ces théories reposent ne correspond pas à l'exacte réalité juridique. Il nous reste donc, après avoir établi que l'indépendance de l'organe de revision se présentent comme une évidente nécessité pratique à examiner les raisons qui, en théorie, justifient l'indépendance absolue de l'Assemblée Nationale à l'égard des résolutions des Chambres.

Pour que les pouvoirs de l'Assemblée Nationale soient limités par le vote des Chambres, il faudrait que l'on reconnaisse à celle-ci le droit de fixer la compétence dans le cadre de laquelle l'Assemblée pourra exercer son pouvoir de revision. Cela reviendrait à dire que la règle fixée par les Chambres occupe, dans la hiérarchie des normes étatiques, une place supérieure à celle de la règle fondamentale. En effet, en raison du principe selon lequel la puissance d'une autorité est identique à la force obligatoire des règles qu'elle a compétence pour modifier, les pouvoirs de

l'organe de revision ont la même force que celle qui émane des normes qu'il est appelé à remplacer, mais comme on prétend que ces pouvoirs sont limités par la règle posée par les Chambres, il faudrait conclure que cette règle renferme une force obligatoire susceptible de s'imposer à la norme fondamentale elle-même. On arriverait ainsi à ruiner la hiérarchie qui est le fondement du système des règles constitutives de l'Etat.

Nous ne prétendons nullement que l'Assemblée Nationale est souveraine dans le sens où l'entendaient les hommes de la Révolution qui, avec Sieyès, affirmaient qu'elle détient la plénitude des pouvoirs en dehors de toute forme préétablie. Nous reconnaissons qu'elle n'exerce son pouvoir que dans la mesure et aux conditions déterminées par les lois constitutionnelles elles-mêmes, seulement nous ne pouvons pas admettre que, parmi ces conditions, la constitution ait entendu subordonner l'Assemblée Nationale à une compétence qu'elle tiendrait des Chambres, car en procédant ainsi la constitution se serait soumise toute entière au pouvoir législatif qui deviendrait alors, juridiquement, le pouvoir constituant. En effet, nous avons vu qu'à l'intérieur de l'ordre juridique toute décision génératrice de règle est prise en application d'une norme antérieure, mais nous avons en même temps noté que l'autorité chargée de modifier la règle fondamentale échappe à cette nécessité. Le contenu de la nouvelle loi constitutionnelle, avons-nous dit, ne se déduit pas de la constitution que l'on modifie : il jouit de la même validité sans lui être subordonné. Et nous ajoutons qu'un tel résultat s'explique par l'opération elle-même qu'il s'agit de réaliser : le remplacement d'une règle initiale par une autre règle initiale, non la

subordination d'une règle nouvelle à une règle antérieure. Mais alors, si l'on prétend que l'organe chargé de la revision n'est compétent que pour statuer sur le programme contenu dans les résolutions des Chambres, on le subordonne au Parlement et avec lui la règle fondamentale entre dans la dépendance du pouvoir législatif. Sans doute ce résultat n'est pas absolument incompatible avec une organisation étatique, et l'exemple de l'Angleterre suffit à prouver qu'un ordre juridique reposant sur ce principe est parfaitement viable; seulement dans l'état actuel de notre droit positif, il ne peut pas être admis chez nous. Du moment que la constitution a distingué la fonction constituante de la fonction législative, et sans qu'il y ait lieu de considérer l'unité de l'autorité à qui elle en a remis l'exercice, il faut respecter l'indépendance et la supériorité de la fonction constituante.

On dira peut-être que nous ne faisons que développer l'argument que nous avons combattu plus haut chez Duguit et qui s'appuyait sur la supériorité de l'organe constituant à l'encontre des organes constitués. Mais il n'en est rien. Pour nous, nous osons à peine le répéter, il n'y a pas de différence de nature entre le pouvoir législatif et le pouvoir constituant : tous deux empruntent la force obligatoire unique de l'ordre normatif en vigueur. Un organe constitué peut être légitimement investi de la fonction constituante et c'est ce qu'a décidé la constitution de 1875; seulement lorsqu'un même organe remplit à la fois et la fonction constituante et la fonction législative il ne peut pas subordonner, de sa seule autorité, la première à la seconde. En faisant cela il usurperait le rôle de la puissance qui a séparé les fonctions, c'est-

à-dire qu'il violerait la constitution. Il importe en effet de considérer la qualité en laquelle cet organe déploie son activité : dans l'exercice de la fonction législative il est limité par le respect des règles posées par la constitution, mais dans l'exercice de la fonction constituante aucun obstacle ne s'oppose à la mise en œuvre de ses pouvoirs car il ne pourrait pas, en tant qu'autorité législative, restreindre la compétence qu'il possède en tant qu'autorité constituante, puisque cette compétence il la tient non pas de la règle législative subordonnée mais de la norme fondamentale initiale. Il convient d'ailleurs de bien comprendre ce que nous entendons par les mots « il la tient », sans quoi on pourrait objecter que nous ne faisons ici qu'une pétition de principe.

La compétence de l'organe constituant ne peut en effet pas être entendue selon l'acception ordinaire du terme de compétence. Par suite de la tâche même qu'il a à accomplir il est impossible de déterminer avec précision les matières sur lesquelles il lui appartiendra de délibérer avant d'adopter un texte. C'est même en cela que consiste son indépendance puisqu'il est libre de se déclarer lui-même compétent pour aborder telle ou telle question à condition qu'elle ne soit pas réservée expressément à un organe constitué. Bien plus il nous semble qu'il n'y a pas, à proprement parler, de compétence puisque pour se rendre compte avec netteté de l'étendue des pouvoirs de l'organe chargé de reviser les lois constitutionnelles il faut le considérer, ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le dire, comme la règle fondamentale elle-même sous son aspect dynamique. On arrive ainsi à saisir la dualité d'aspect de cette règle caractérisée au point de vue

statique par le contenu positif qui en forme l'objet, au point de vue dynamique, par l'organe constituant envisagé comme la possibilité de règles fondamentales nouvelles.

On conçoit maintenant qu'il est bien difficile de parler de la compétence de l'Assemblée Nationale et encore plus d'une limitation de cette compétence. Professer la doctrine de ceux qui affirment l'impuissance du Congrès en dehors des points visés par les résolutions des Chambres, équivaut en effet à soutenir que le pouvoir législatif a le droit de limiter l'efficacité de la règle fondamentale, puisqu'en restreignant les pouvoirs du Congrès on empêche celle-ci de prendre son développement légitime. M. de Bousquet de Florian considère que l'acte par lequel le Congrès discuterait hors des limites tracées par les résolutions serait la négation de tout notre droit constitutionnel car, dit-il, « il n'est pas possible que l'Assemblée Nationale s'arroge un droit souverain sur la constitution dont elle n'est qu'un rouage » (1). Un rouage, sans doute, mais dont dépend le mécanisme entier. Et puis est-ce donc à l'autorité législative qu'il faut reconnaître ce droit ? Non certes, puisqu'elle n'est aussi qu'un rouage de la constitution. Mais alors on peut se demander comment notre auteur prévoir la possibilité d'un changement total de la constitution qui est cependant mentionné dans l'art. 8. En réalité il faut bien reconnaître que le fait d'être une création de la constitution n'empêche pas un organe constitué d'avoir un droit souverain sur elle, sinon il faudra faire appel « à cette parole du créateur qui commande une fois pour gouverner

(1) De Bousquet de Florian, *Op. cit.*, p. 154.

toujours » dont parle Portalis. Comme nous refusons d'abord à nous livrer à ces invocations métaphysiques, comme ensuite l'Assemblée de revision est justement instituée pour réformer les dispositions constitutionnelles et comme enfin le pouvoir qu'elle met en œuvre pour cela est précisément, ainsi que nous l'avons montré, la puissance propre de la règle qu'elle vient modifier, il nous paraît inutile de faire intervenir une puissance qui, extérieure à l'ordre juridique, n'y introduirait que trouble et confusion sans pour cela faire, mieux que l'Assemblée Nationale, une œuvre que celle-ci peut accomplir parfaitement.

En définitive nous dirons que les pouvoirs de l'Assemblée Nationale ne peuvent en aucune façon être limités par les résolutions des Chambres parce qu'en prenant les décisions qu'elle juge à propos de prendre l'Assemblée Nationale n'applique pas une règle posée par le pouvoir législatif mais développe celles qui sont contenues dans la constitution. Si en effet on analyse la notion de compétence on voit qu'elle se résume dans l'application d'une règle antérieure, or nous croyons avoir montré qu'en ce qui concerne la fonction constituante on ne peut pas juridiquement parler de compétence. Sans doute il y a un domaine qui lui est réservé sur lequel les autres organes ne peuvent pas empiéter et hors duquel elle-même ne peut pas légitimement s'étendre; mais ce domaine c'est elle-même qui le délimite selon la représentation qu'elle se fait de son rôle. C'est elle, en quelque sorte qui se crée une compétence suivant les circonstances et les besoins du moment, mais ce n'est nullement au Parlement qu'il appartient, en invoquant les mêmes circonstances, de lui fixer un programme. Dans la hiérarchie des nor-

mes étatiques il y a une règle initiale dont le contenu est virtuellement illimité et des règles secondaires dont le contenu possible diminue progressivement jusqu'à ne faire d'elles, au degré inférieur de la hiérarchie que des règles de circonstances conduisant à une exécution matérielle et en vertu desquelles aucune autre règle ne sera posée. La possibilité de ce contenu illimité qui caractérise la norme initiale empêche qu'elle soit posée en application d'une règle dont le contenu est statutairement plus restreint; dès lors la puissance de l'autorité à qui il appartient de développer la norme initiale, en l'enrichissant de dispositions nouvelles, ne peut pas dépendre d'une décision d'une des autorités qui n'ont compétence que pour poser des règles dont le contenu est limité. S'il en était autrement la hiérarchie des normes étatiques serait ruinée car c'est à l'organe qui aurait le pouvoir de fixer le programme de l'autorité créatrice de la norme initiale qu'appartiendrait en réalité la possibilité de poser des règles d'un contenu possible illimité et donc cet organe serait lui-même le créateur de la norme initiale.

Ce raisonnement, dont les termes abstraits peuvent décevoir au premier abord, n'est là que pour justifier la conclusion concrète à laquelle nous aboutissons : si l'Assemblée Nationale était limitée par les décisions du pouvoir législatif ce n'est plus elle qui serait l'organe constituant, ce serait le Parlement. Or malgré l'emprise de fait que celui-ci exerce sur l'Assemblée, il est juridiquement impossible de dire qu'il possède le pouvoir constituant. Enfin, il importe de remarquer que les principes généraux du droit apportent encore un autre appui sérieux à notre démonstration. Pour jouer un rôle efficace la règle de droit est obligée de

s'adapter à des conditions sociales sans cesse changeantes. Elle ne peut prétendre à l'immutabilité, car une réglementation que le législateur aurait déclarée intangible resterait peut-être intacte d'un point de vue formel, mais serait bientôt une réalité vidée de son contenu (1). Or ce caractère essentiellement modifiable de la règle de droit apporte un argument nouveau en faveur de la thèse des pouvoirs illimités de l'Assemblée de revision. « La conception contraire aboutit en effet à assurer l'intangibilité absolue de l'art. 8, § 3, ce qui est juridiquement inadmissible ; il faut toutes les fois qu'il est possible, donner une valeur juridique à la volonté du législateur. Dans notre cas nous le pouvons, donc nous le devons » (2). Cette conclusion de M. Duez est peut-être trop intransigeante et nous allons voir qu'en aucun cas on ne peut parler d'une intangibilité absolue de la constitution, résultant de l'art. 8, § 3; cependant la remarque de M. Duez conserve toute sa valeur si l'on considère que, la thèse de la limitation étant admise, elle oblige, pour les modifications éventuelles du texte en question, à toute une série de mesures formalistes que l'on n'a pas coutume de rencontrer dans notre droit public.

La théorie des pouvoirs illimités de l'Assemblée Nationale nous paraissant seule soutenable, il nous reste à voir qu'elle demeure ainsi non seulement quant aux questions générales mais encore par rapport à la disposition ajoutée par la loi constitutionnelle du 14 août 1884 à l'art. 8 de la loi du 25 février 1875 et

(1) P. Duez. *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit*. Th. Lille, 1914, p. 52.

(2) P. Duez. *Op. cit.*, p. 102.

qui dispose que « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de revision. »

M. Esmein, considérant ce texte, estime que « désormais la portée possible de la revision est limitée sur ce point ». Et M. Carré de Malberg décide dans le même sens que ce paragraphe « consacre, dans la constitution actuelle, le principe des revisions subordonnées quant à leur étendue et à leur programme, aux initiatives et décisions préalables des Chambres » (1). L'article considéré interdirait donc l'abrogation de la loi constitutionnelle sur un point déterminé et consacrerait l'intangibilité juridique de la République. Il nous semble qu'interpréter ainsi ce texte c'est lui donner une portée différente de celle qu'il a en réalité.

En effet cette disposition ne porte en rien atteinte aux pouvoirs de l'Assemblée Nationale ; elle vise seulement les pouvoirs des Chambres qui ne peuvent pas émettre une proposition de revision touchant la forme républicaine du gouvernement. Il ne faudrait pas en conclure d'ailleurs qu'un changement de régime soit constitutionnellement impossible car la disposition en question ne constitue qu'un vœu sans valeur juridique puisqu'il suffirait d'une résolution de revision portant sur l'art. 8 pour que, les formes de procédure étant respectées, l'Assemblée Nationale soit invitée à se prononcer sur le § 3 de cet article. Ainsi même en admettant la théorie de la subordination du Congrès en programme fixé par le Parlement, une modification de la forme du gouvernement serait possible. Mais bien plus, il convient de remarquer qu'en dehors d'une réso-

(1) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. II, p. 592.

lution précise des Chambres, ce résultat pourra être atteint car, selon l'observation de Duguit, ce texte ayant été voté par une assemblée de revision pourra fort bien être abrogé par une autre et « par conséquent, si tant que ce texte existe, l'Assemblée Nationale ne peut pas changer la forme du gouvernement, elle n'a qu'à l'abroger et, la chose faite, elle pourra très constitutionnellement changer la forme du gouvernement » (1).

S'il en était autrement, le § 3 de l'art. 8 de la loi du 25 février 1875, tel qu'il fut complété en 1884, consacrerait l'intangibilité absolue d'une partie de notre constitution. Or il est admis que de semblables dispositions, fréquentes dans les lois constitutionnelles, ne présentent qu'un caractère de déclarations de principe auxquelles on ne peut attacher aucune sanction (2). A qui en effet appartiendrait-il dans ce cas de changer la forme du gouvernement, sinon à ce pouvoir constituant inconditionné intervenant pour opérer une transformation révolutionnaire. Sans doute il est bien improbable qu'un changement de régime s'effectue selon la procédure exigée par la clause de revision, mais n'y aurait-il qu'une chance pour que ce phénomène exceptionnel se produise qu'on ne devrait pas l'empêcher par une déclaration d'immutabilité de la constitution. C'est pourquoi, sous peine de n'assigner aucune valeur juridique à l'art. 8, § 3, il faut admettre la complète liberté de l'Assemblée Nationale, car « cette solution est commandée bien plus par les prin-

(1) Duguit. *Op. cit.*, 2^e éd., t. IV, p. 540.

(2) Barthélemy et Duez. *Op. cit.*, p. 246. P. Duez. *Op. cit.*, p. 97.

cipes généraux du droit que par des motifs tirés de textes et des travaux préparatoires » (1).

En réalité le sens de l'addition votée en 1884 fut donné par J. Ferry. « Si nous vous proposons de soumettre à la revision de l'art. 8, déclara-t-il, c'est dans l'intention de demander au Congrès de faire cesser, par une disposition claire et formelle, une équivoque qui a trop duré. S'il fallait conclure de l'art. 8 qu'à tout moment, dans chacune des deux Chambres, la délibération peut s'ouvrir sur la forme même du gouvernement, notre constitution ne ressemblerait à aucune autre » (2). Un texte qui nommait enfin la République, consacrait la vanité des espoirs monarchique et enlevait au régime ce caractère de précarité qui ne pouvait que nuire au bon fonctionnement des institutions. Les premières places de l'Etat sont occupées par des républicains, la tentative du Seize Mai a avorté, l'opinion confirme sa confiance dans le régime nouveau ; il eut été inadmissible dans ces conditions qu'à tout moment un membre de l'opposition sans cesse décroissante put mettre en cause, au sein du Parlement, l'existence même de la République.

(1) P. Duez. *Op. cit.*, p. 100.

(2) *J. O.*, 25 mai 1884, p. 1119.

APPENDICE

*La jurisprudence constitutionnelle sur la question
de l'étendue des pouvoirs de l'Assemblée Nationale*

APPENDICE

La jurisprudence constitutionnelle sur la question de l'étendue des pouvoirs de l'Assemblée Nationale

Nous avons vu qu'il ne fallait pas attribuer une importance trop considérable à la façon dont l'Assemblée Nationale avait en pratique déterminé sa compétence. En effet, en admettant qu'à une certaine époque elle se soit considérée comme liée par les résolutions des Chambres, elle n'a jamais voté un texte qui consacrait sa manière de voir. C'est pourquoi lors d'une nouvelle réunion le Congrès pourrait fort bien se déclarer omnipotent et ce qui importe c'est seulement de montrer que cette prétention serait légitime. Cependant comme certains auteurs affirment que l'Assemblée s'est toujours prononcée en faveur de la limitation de ses pouvoirs aux matières visées par les résolutions antérieures, nous nous proposons de montrer que les précédents de 1879 et de 1884, pour ne pas parler de la revision de 1926 où la question ne fut pas posée, ne sont guère démonstratifs.

La revision des 21-22 juin 1879 n'a porté que sur la fixation du siège du pouvoir exécutif et des deux Chambres. Un projet fut déposé sur cette question à la Chambre des députés par M. Spuller, et la proposition fut renvoyée à la commission qui, en la personne de son rapporteur, M. Méline, concluait de la façon suivante : « Quelques personnes avaient pensé qu'une

fois la porte de la revision ouverte pour un motif quelconque, l'Assemblée Nationale se trouvait investie du droit constituant dans sa plénitude et pouvait remanier à son gré et changer toutes les parties de notre constitution. Ce système ne saurait se soutenir en présence de l'art. 8 de la loi du 25 février sur l'organisation des pouvoirs publics... Puisqu'il faut le consentement des deux Chambres pour la réunion du Congrès, la revision ne peut s'opérer que dans la mesure où ce consentement a été donné. Or si les deux Chambres ont été d'avis que la revision ne devait se faire qu'en partie, pour un article déterminé, elle ne saurait aller au-delà ; car au-delà le consentement requis des deux Chambres ferait manifestement défaut et le Congrès deviendrait illégal. La constitution opposerait à toute prétention de ce genre, si elles venaient par impossible à se produire, une barrière infranchissable » (1).

Au Sénat M. Waddington, président de la commission formula les mêmes idées en disant : « Voici les termes précis dans lesquels la question va se poser devant le Congrès, termes dans lesquels elle restera absolument limitée, sans qu'on puisse supposer un seul instant qu'aucune autre discussion y puisse être soulevée ».

Sans doute ce sont là des paroles qui affirment péremptoirement la limitation de la compétence de l'Assemblée Nationale par les résolutions des Chambres mais elles n'ont pas été prononcées au sein de l'Assemblée elle-même et on ne peut pas dire que celle-ci s'y soit ralliée. En réalité la question ne se posa

(1) Ch. J. O., 4 août 1879, p. 1279.

pas devant le Congrès qui se contenta de voter l'abrogation de l'art. 9 de la loi du 25 février 1875 sans aucune discussion de principe quant à l'étendue de ses pouvoirs.

Au contraire le problème a été discuté au fond lors du projet de revision de 1882 et pendant la revision de 1884; toutefois la thèse qui se dégage de la discussion et des opérations de revision n'est pas aussi manifestement en faveur de la limitation que les partisans de celle-ci l'ont fait valoir. Au mois de janvier 1882, Gambetta, défendant son projet devant la Chambre des députés (1), exposa d'abord dans l'exposé des motifs les réformes à opérer puis énuméra dans le dispositif les articles à reviser ; la doctrine de la revision limitée était ainsi mise en application. Mais en même temps une proposition de revision illimitée était présentée par MM. Barodet et Locroy. La commission était défavorable au gouvernement et la divergence ne fit que s'accroître à la suite d'un entretien que Gambetta eut avec les membres de la commission. En effet, M. Andrieux, rapporteur des projets, ayant proposé de laisser à l'Assemblée Nationale le soin de décider dans quel sens devait être entendue la disposition relative à l'étendue de ses pouvoirs, Gambetta s'opposa à la réunion d'un Congrès d'interprétation et déclara qu'il considérerait comme illégales les mesures que l'Assemblée prendrait en dehors du programme contenu dans les résolutions des Chambres. M. Legrand lui ayant demandé quelle sanction il envisageait au cas où l'Assemblée Nationale voudrait sortir des matières déterminées par l'accord préalable des Chambres,

(1) Ch. J. O. 15 janvier 1882, p. 8.

Gambetta répondit que ce serait au président de la République, gardien de la constitution, à aviser. A quoi Clémenceau rétorqua qu'il faudrait que le président de la République trouvât un ministre pour contre-signer ses décisions (1).

Le projet de la commission eut surtout pour but de réunir contre Gambetta les partisans de la revision limitée et ceux de la revision illimitée ; aussi ne faut-il pas s'étonner du système hybride que développa son rapporteur, M. Andrieux le 23 janvier 1882. C'était, nous l'avons vu, le système de la revision indicative, nous n'y reviendrons donc pas. Qu'il nous suffise de dire que la commission n'entendait pas limiter les droits du Congrès, mais seulement le mandat donné au ministère. Après avoir énuméré les articles que la Chambre désirait voir soumis à la revision le rapport terminait par ces mots : « et déclare qu'il y a lieu à revision des lois constitutionnelles » (2). La proposition de revision illimitée de MM. Barodet et Lakroy fut rejetée la première. Alors Gambetta essaya de faire triompher son projet en réclamant la division de la proposition de résolution de la commission et la priorité pour le paragraphe final précité, où il voyait l'affirmation de l'omnipotence de l'Assemblée Nationale. Le débat était donc nettement engagé sur la question des pouvoirs du Congrès. Bien que M. Andrieux se fut opposé à la division du projet qui, disait-il dénaturerait la pensée de la commission puisque les dispositions qui précédaient le dernier paragraphe limitaient en fait la revision, la priorité fut

(1) Correspondant, 25 janvier 1882, p. 367.

(2) Ch. J. O., 24 janvier, p. 31.

accordée à ce paragraphe. Le vote du texte de la commission entraîna la chute de Gambetta et selon la prédiction de M. J. Reinach, « la revision se fera dans les termes proposés par Gambetta ou elle ne se fera pas », la revision avorta.

Il ne faudrait d'ailleurs pas conclure de cette décision de la Chambre à un succès absolu de la théorie des pouvoirs illimités de l'Assemblée Nationale. Le vote avait bien plus une portée politique qu'une signification juridique. La Chambre était avant tout désireuse de renverser Gambetta et la solution d'une question de droit constitutionnel n'était qu'accessoire (1). Aussi ne devons-nous pas nous étonner de voir les députés se déjuger en votant un ordre du jour de confiance au ministère Freycinet qui, en la personne de son président, était partisan de la limitation. N'avaient-ils pas déjà admis cette doctrine pour la repousser lorsque l'homme qui la soutiendrait ne leur plairait plus ? Cette inconstance parlementaire prouve jusqu'à l'évidence qu'il ne faut pas s'en remettre à l'intention des assemblées pour décider du sens à donner à une disposition sujette à controverse, sauf, bien entendu, au cas où un texte interprétatif aurait été voté.

La revision fut ajournée, à la suite du rejet de différentes propositions, jusqu'au mois de mai 1884 où J. Ferry en prit lui-même l'initiative. Le 14 mai il lut à la Chambre des députés un projet de résolution tendant à la revision partielle des lois constitutionnelles. Il disait en effet : « Nous demandons de déterminer rigoureusement par un vote clair, précis, ne donnant

(1) Arnoult, *Op. cit.*, p. 378.

prise à aucune équivoque, les limites de la revision... (d'écarter) les doctrines flottantes, incorrectes et non moins dangereuses qui s'emparent de l'art. 8 de la loi du 25 février 1875 pour en obscurcir l'esprit et les termes et qui, si elles devaient définitivement triompher, feraient de la réunion du Congrès, la plus redoutable des aventures... Le vote du 26 juin 1882 demeure avec le caractère et l'autorité d'un vote politique, il n'a jamais été considéré comme la solution juridique et sérieuse d'un point de droit constitutionnel » (1).

M. Dreyfus, dans son rapport au nom de la commission, se ralliait nettement à la thèse de la revision limitée et, différentes propositions qui s'en écartaient ayant été rejetées, le projet fut adopté par la Chambre des députés. Au Sénat il ne fut pas trouvé suffisamment limitatif. Effrayés par les paroles de Clémenceau qui avait déclaré à la Chambre « qu'en réalité la résolution ne limitait nullement les pouvoirs de l'Assemblée Nationale » (2) et que dans ces conditions il pouvait la voter sans se considérer comme lié par aucun engagement, les sénateurs se montrèrent méfiants et la commission déclara que le projet ne lui paraissait pas suffisamment « exclusif de toute modification de la constitution en dehors des points devant faire l'objet de la revision partielle ». Il importait en conséquence d'adopter une rédaction plus précise et d'engager le gouvernement à combattre toute proposition s'écartant du questionnaire contenu dans la résolution. Ce système était la reproduction de celui que M. Alain-Targé avait proposé sans succès à la

(1) Ch. J. O. 25 mai 1884, n. 1119.

(2) Ch. J. O., 4 juillet 1884, p. 1475.

commission de la Chambre des députés et qui préconisait la limitation de la revision par l'indication de solutions. Le rapporteur proposait au Sénat de déclarer « qu'il y avait lieu à reviser : 1° le § de l'art. 5 de la loi du 25 février 1875... ; 2° le § 3 de l'art. 8... en ce qui touche à la question de savoir si le droit de revision peut s'appliquer à la forme républicaine du gouvernement ; 3° les art. 2 à 7 de la loi du 24 février 1875... en ce qui touche la question de savoir s'ils seront ou non distraits des lois constitutionnelles ; 4°... » Ainsi sur deux points au moins le Congrès était lié.

Ce projet de résolution fut adopté le 29 juillet par le Sénat. La Chambre qui s'y était d'abord violemment opposée vota un projet de résolution identique sur les instances du président du conseil et après que M. Dreyfus, rapporteur eut demandé aux députés de « ne pas compromettre, par leur inflexibilité, le succès d'une réforme nécessaire » (1), le 31 juillet la Chambre se rangea à cet avis et adopta le projet.

Cette résolution était extrêmement incorrecte au point de vue constitutionnel car elle consacrait un empiètement sur les pouvoirs de l'Assemblée Nationale (2). Cependant elle ne confirme pas intégralement la thèse des partisans de la limitation. Ceux-ci préconisent en effet la limitation par énumération d'articles ; or la résolution va plus loin car elle consacre la théorie, que tous les auteurs repoussent aujourd'hui, de la limitation par indication de solution. D'autre part la question, bien que posée sur le

(1) *J. O.* 1^{er} août 1884, p. 1933.

(2) Cf. Duguit. *Op. cit.*, 2^e éd., t. IV, p. 535.

terrain juridique, a encore été résolue en raison de considérations politiques : permettre la possibilité de la revision en calmant la méfiance du Sénat, déterminer par « un acte de sagesse politique » (1) l'étendue de la revision. Enfin il faut noter qu'il ne s'agit que de l'interprétation du Parlement et qu'il semble bien que l'Assemblée Nationale ne se soit pas ralliée à cet avis.

En effet, dès le 5 août, un certain nombre d'amendements et de propositions s'écartant du programme adopté par les Chambres, furent déposés sur le bureau de l'Assemblée. Au lieu de leur opposer la question préalable comme l'eut exigé une stricte application du principe de la limitation, le président en donna lecture et le Congrès les renvoya à la commission « sans préjuger des solutions à intervenir ».

D'autre part la commission, d'accord avec le gouvernement, arrêta un texte ainsi conçu : « Les membres des familles ayant régné sur la France sont inéligibles à la présidence de la République ». La question des princes avait bien été discutée à la Chambre des députés mais on n'en avait pas touché mot au Sénat et mention n'en était faite ni dans l'exposé des motifs, ni dans les résolutions. Aussi M. Andrieux put-il déclarer avec raison qu'en insérant dans le projet une semblable disposition, la commission infirmait la doctrine de la revision limitée (2). M. Gerville-Réache, rapporteur, répondit à l'objection en exposant la thèse de la limitation et soutint que le contrat entre le Sénat et la Chambre des députés n'était en rien rompu. « Pour dire que nous n'avons

(1) Cf les paroles de J. Ferry, exposé des motifs, *J. O.* 25 mai 1884.

(2) *J. O.*, 8 août 1884, p. 50.

pas l'assentiment du Sénat, déclara-t-il, il faudrait supposer que les sénateurs ne lisent pas le Journal Officiel... Eh bien, je ne me permettrai jamais de faire cette supposition. Elle ne pourrait naître que dans l'esprit de M. Andrieux. Or si les honorables membres de l'autre Chambre ont lu l'engagement que je viens de rapporter à cette tribune, je me demande comment on pourrait prétendre que le Sénat n'y a pas adhéré par son silence... Si du côté de la majorité du Sénat, à tout le moins, il n'a pas été formulé de question à cet égard, c'est que par cette majorité l'engagement était formel ».

Sans doute le Sénat, en acceptant la revision, n'était pas sans connaître les matières qui seraient mises à l'ordre du jour à Versailles, mais il n'en demeure pas moins que, malgré l'habileté du rapporteur, le principe de la revision limitée était gravement mis en échec par le texte de la commission. C'est du reste ce que reconnut J. Ferry lui-même lorsque, pour repousser un amendement qui tendait à écarter de toute fonction publique les membres des familles ayant régné sur la France, il déclara : « Il nous a paru qu'aller plus loin ce serait outrepasser par trop les bornes du programme arrêté et sortir du domaine de la discussion constitutionnelle défini d'avance par les deux Chambres » (1). Quoiqu'il en soit les bornes fixées par les résolutions des Chambres étaient dépassées et le projet fut voté le 14 août 1884, bien que la matière sur laquelle il portait n'eut pas été visée par les résolutions. L'expérience faisait apparaître la nécessité de laisser l'Assemblée Nationale maîtresse de ses pouvoirs.

(1) Ass. Nat. J. O., 12 août 1884, p. 100.

Enfin un troisième exemple pris dans cette même réunion de 1884 prouve que le Congrès n'entendait nullement se restreindre à la compétence que lui avaient fixée les Chambres. Après avoir écarté par la question préalable plusieurs amendements tendant à la suppression du Sénat, l'Assemblée se trouva en présence de la question contenue dans les résolutions : les art. 1 à 7 de la loi du 24 février 1875 seraient-ils ou non distraits des lois constitutionnelles ? C'est alors que M. Andrieux ayant repris (1) un amendement proposant de substituer aux mots « distraits des lois constitutionnelles » le terme « abrogé », la discussion s'engagea à fond sur cet amendement. Or la proposition Andrieux avait été écartée par les Chambres « dont les résolutions portaient qu'on ne discuterait sur ces articles que la question de leur déconstitutionnalisation » (2). C'est donc que l'Assemblée ne s'est pas considérée comme liée par un programme contenu dans les résolutions antérieures des Chambres et par conséquent, s'il y a une indication à tirer de la jurisprudence de l'Assemblée Nationale lors de sa session de 1884, elle est nettement en faveur de son omnipotence.

Lors de la revision de 1926 l'urgence des dispositions à prendre ne permit pas de longs débats juridiques et la question qui nous intéresse ne fut pas posée, car on ne doit pas considérer comme prise en vertu du principe prétendu de la subordination de

(1) Cet amendement avait été proposé à la Chambre des députés le 31 juillet puis retiré pour être réservé à l'Assemblée Nationale, où la commission demanda que la discussion porta sur lui.

(2) Duguit. *Op. cit.*, 2^e éd., t. IV, p. 544.

l'Assemblée Nationale aux résolutions des Chambres, le rejet d'un amendement de M. Doriot tendant à la suppression du Sénat, à la limitation du droit de vote aux seuls travailleurs, etc... Il n'y avait là qu'une tentative d'obstruction que l'Assemblée n'eût pas de peine à déjouer.

La conclusion à tirer de cette longue étude sur l'étendue des pouvoirs de l'Assemblée Nationale c'est que, malgré l'indépendance de celle-ci, elle ne pourrait devenir tyrannique. La nécessité de résolutions concordantes votées dans les deux Chambres fournit l'orientation politique des discussions du Congrès. Sans doute, il n'est pas lié par le programme sur lequel le Parlement a voté, mais il suivra une bonne politique en s'y conformant car aucune question ne gagne à être posée à l'improviste et tranchée immédiatement. L'Assemblée Nationale est souveraine mais ce n'est pas une souveraineté du genre de celle que l'on glorifiait à l'époque révolutionnaire; elle est instituée surtout pour adopter ou rejeter sans compromettre sa dignité dans de trop longues discussions qui risqueraient de dégénérer en luttes discourtoises de partis. Cela, l'histoire de nos revisions semble indiquer qu'elle l'ait compris. En dépit du grand nombre des membres et de séances parfois orageuses, les sessions de l'Assemblée Nationale furent toujours de courte durée et par là, elles ont su conserver leur prestige. N'intervenant que dans les cas où ses décisions étaient indispensables, l'Assemblée Nationale leur a conféré une valeur renforcées sans cependant que son activité entrave le fonctionnement régulier des organes normaux de l'Etat. C'est ainsi que « la France est heureusement arrivée à conserver intactes ses institutions qui repo-

sent sur le principe de la liberté. S'il arrivait qu'elle ne laissât pas subsister les règles sans lesquelles la liberté dégénère fatalement, tôt ou tard, en licence, elle détruirait, de ses propres mains le monument qu'elle a dressé et que la tourmente n'a pas ébranlé » (1). Alors sans doute, les institutions seraient impuissantes à contenir les mouvements de l'opinion et l'Assemblée Nationale, malgré son omnipotence juridique, serait comme les autres emportée par les faits.

(1) R. Poincaré article à la Nation, cité par le *Temps*, 14 novembre 1929.

CONCLUSION

CONCLUSION

L'étude que nous terminons témoigne peut-être d'un respect de la règle de droit qu'on jugera superstitieux et nous acceptons d'avance le reproche, qu'on nous fera sans doute, d'avoir contribué à l'ordre juridique une portée et une puissance dont on ne trouve guère la justification que chez les auteurs allemands. Certes nous n'ignorons pas ce que cette critique peut avoir d'utile contre le risque que l'on court à reconnaître la suprématie absolue de la règle positive puisqu'elle peut conduire insensiblement à la déification de l'Etat. Mais il ne faut pas oublier que les doctrines ne sont dangereuses que par l'application que l'on en fait. Il s'agit ici d'une théorie dont on ne peut critiquer la valeur intrinsèque, mais seulement le but au service duquel l'histoire nous enseigne qu'elle fut affectée; le danger qu'elle présente n'est réel que si elle est acceptée par un peuple dont l'instinctive subordination s'accommode d'une obéissance aveugle. Or chez nous ce risque n'est pas redoutable car notre peuple possède « une force qui l'a sauvé dans bien des situations critiques. Au moment du danger il sait avec un génie merveilleux s'adapter aux nécessités de l'heure. C'est pourquoi son salut ne dépendra jamais du mécanisme qui règle sa vie. Je dirai même que la forme constitutionnelle ne tient qu'un rôle accessoire dans ses destinées. En France, mieux que partout ailleurs, l'esprit domine la matière » (1).

(1). Redslob. *Op. cit.*, p. 268.

Nous croyons que dans un pays que l'on représente comme la patrie de l'esprit critique, il est utile de professer la suprématie de la règle de droit car l'intelligence des hommes, qui anime les institutions, suffira par le libre jeu des tendances naturelles de l'esprit, à atténuer ce que cette suprématie pourrait avoir de trop absolu et de trop rigide. C'est pourquoi il nous semble impossible de suivre les doctrines opposées de certains des maîtres de notre droit public qui manifestent à l'égard de la règle positive, un scepticisme qui n'est pas moins dangereux qu'un respect outrancier : dangereux pour l'ordre juridique, mais dangereux aussi pour le pays car « les peuples qui n'acceptent pas la discipline des principes subissent, tôt ou tard, la discipline de la force » (1).

On parle sans cesse d'un droit du juge, d'un droit des mœurs, et l'on place à côté de la législation positive une législation indirecte dont on loue la souplesse et la docilité à l'égard des nécessités journalières. Mais ces pratiques ne vont pas sans diminuer exagérément la portée de la loi positive qui devient en quelque sorte un vestige d'une époque archaïque où régnait un formalisme tyrannique, et le mieux qu'elle puisse faire, dit-on, c'est d'intervenir pour régler les points sur lesquels l'accord n'arrive pas à s'établir en pratique. C'est en considérant un semblable état d'esprit que Dicey a pu écrire : « Les Français n'ont jamais vu qu'une constitution peut être révisée par le vote de lois qui, sans changer en apparence ses dispositions, violent ses principes » (2).

(1) Ch. Beudant. *Le droit individuel et l'Etat*, avant-propos.

(2) Dicey. *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, p. 379.

Sans doute lorsque la règle de droit posée par le législateur se révèle comme inadéquate à encadrer les manifestations de la vie quotidienne, lorsque par suite de l'évolution sociale il s'est introduit une discordance entre la loi primitive et les nécessités pratiques, lorsqu'enfin des besoins nouveaux nés de circonstances récentes ne trouvent aucun ordre juridique où se développer harmonieusement, il est désirable que la coutume ou la jurisprudence interviennent, soit pour pallier à l'absence d'un texte positif, soit pour rendre plus extensives les dispositions législatives existantes. Cette transformation du droit par les mœurs, les juges ou l'opinion doit, être non seulement tolérée mais facilitée et, ne citerait-on que les remarquables résultats obtenus par la jurisprudence du Conseil d'Etat, cette législation indirecte serait amplement justifiée. Cependant il importe de ne pas lui attribuer une portée supérieure à celle qui lui suffit pour produire tout son effet, et de considérer que son intervention se produit dans un domaine où, malgré sa fréquente insuffisance, la règle de droit doit garder la suprématie.

C'est ce rapport entre la règle positive et cette législation indirecte coutumière que nous voudrions essayer de préciser dans cette conclusion, en nous plaçant au point de vue, qui nous intéresse particulièrement ici, de la revision des lois constitutionnelles.

Dans une très précieuse étude sur la coutume en droit public interne, M. Réglade, réunissant, dans un ouvrage synthétique, les idées chères à certains éminents publicistes et en particulier à M. Duguît, s'est efforcé de démontrer l'existence d'une coutume constitutionnelle et son rôle dans l'évolution et les transformations de la constitution. Il y a là une intéressante

question touchant à la vie même du droit et, ayant montré comment la revision vient donner un regain de vitalité aux règles fondamentales en vigueur, nous ne pouvons la passer sous silence puisqu'aussi bien la revision et la coutume sont les deux conceptions différentes d'une même tâche : le rajeunissement et l'adaptation des lois constitutionnelles.

Un point doit, dès l'abord, être placé en dehors de la discussion, il est relatif aux conditions particulières dans lesquelles se pose la question de la coutume en droit public. Dans le domaine du droit constitutionnel il ne peut et il ne doit pas exister de codifications d'ensemble car, selon l'heureuse expression de M. Réglade, « toute cristallisation y est dangereuse ». La loi positive ne laisse pas d'être sans cesse débordée par les exigences de l'opinion ou les intérêts du parti qui occupe le pouvoir. Ainsi le législateur est-il obligé d'intervenir fréquemment pour établir une correspondance entre le droit positif et ce qu'il croit être les aspirations générales de la collectivité. Mais cette coïncidence n'est jamais parfaitement réalisée et, si l'on doit reconnaître un rôle à la coutume, il est manifeste qu'en cette matière, un large champ s'ouvrira à son intervention. En droit privé, au contraire, l'évolution des besoins de la vie sociale est moins rapide, les lois peuvent être plus précises et étendre leurs réseaux sur la presque totalité des rapports qui s'établissent entre les individus. Par conséquent la coutume n'aura guère qu'un rôle interprétatif et les règles qu'elle posera demeureront au rang secondaire de règles supplétives sans pouvoir prétendre se hausser au niveau de règles normatives. De cette diversité des domaines éventuellement ouverts à la coutume, selon qu'elle s'exerce

dans le cadre du droit privé ou dans celui du droit public, résulte l'acuité particulière des problèmes que soulève la notion de coutume en droit public.

Selon M. Réglade « les transformations coutumières sont la soupape de sûreté aux révolutions et aux coups d'Etat et elles s'accomplissent d'autant plus facilement pour une constitution écrite que, malgré son apparente rigidité, celle-ci est plus vague dans ses termes, moins coordonnées dans ses parties, en sorte que certains pouvoirs pourront peu à peu être remplacés par d'autres sans changer de dénomination, que certains autres pourront disparaître sans amener une rupture d'équilibre qui entraînerait la chute de tout l'édifice » (1). Il semble que voilà bien caractérisée cette violation implicite de la constitution dont parle Dicey. En effet, une remarque s'impose : c'est que les transformations coutumières ainsi comprises jouent le rôle en vue duquel l'organe de revision est prévu, qu'elles se substituent en quelque sorte à lui pour accomplir une tâche que la constitution semble bien lui avoir réservé. Dès lors on est en droit de se demander quelle est, en droit public, la valeur de la coutume et quelle portée on doit attribuer aux modifications qu'elle consacre.

Pour résoudre cette question il importe de déterminer d'abord le domaine dans lequel se constate cette évolution coutumière — sans du reste que cette constatation préjuge en rien la valeur juridique des transformations ainsi réalisées. — Selon une doctrine qui se réclame de la haute autorité de M. Duguit, il convient de distinguer dans le droit public une partie né-

(1) Réglade. *La coutume en droit public interne*, p. 159 et suiv.

gative et un élément constructif. Dans la première rentrent le principe d'autorité, l'obligation qui incombe à l'Etat d'organiser les services publics en respectant les libertés individuelles, c'est-à-dire la partie normative de tout droit public. Au contraire l'organisation de cette autorité, son fonctionnement et les limitations qui y sont apportées constituent l'élément constructif du droit public et c'est en lui que l'on reconnaît un rôle à la coutume qui ne saurait être que constructives (1).

Observons dès maintenant, quitte à y insister davantage dans la suite, que la coutume ne peut jouer pleinement, c'est-à-dire prendre rang de règle obligatoire, que si l'on envisage l'Etat comme étant un ordre normatif seulement dans la mesure où il pose des obligations alors que dans l'accomplissement de ses fonctions, leur organisation ou la subordination aux limites qui lui sont imposées on le considère comme échappant à cet ordre normatif. Telle n'est pas, on l'a vu, notre conception de l'Etat : pour nous il demeure un ordre normatif aussi bien lorsqu'on envisage l'ensemble des règles qui le constituent sous leur aspect dynamique que sous leur aspect statique; dualité de point de vue qui correspond par ailleurs à ce que M. Réglade appelle la partie normative et le côté constructif du droit public.

Cependant cette opposition fondamentale qui nous sépare des théoriciens de la coutume constitutionnelle ne nous conduit pas à nier absolument la possibilité

(1) Cf. Duguit, *Op. cit.*, 2^e éd. t. I, p. 74. « ...Si l'on examine ce qui apparaît comme règle juridique coutumière, on doit reconnaître que ce ne sont jamais que des règles constructives, quel que soit le domaine considéré. ». L'ordre normatif échappe donc à l'intervention de la coutume.

de ce phénomène. Elle implique seulement que nous serons amenés à établir une distinction selon l'époque où il se produit. Il est en premier lieu indéniable que la coutume intervient dans la formation de l'organisme constitutionnel de l'Etat. Une constitution écrite et rigide est toujours l'aboutissement d'une évolution coutumière plus ou moins longue pendant laquelle les individus les plus forts sont parvenus à faire ratifier tacitement par la collectivité les décisions de leur volonté. Pendant cette période, ceux que l'on appelle « les meneurs » sont parvenus peu à peu à faire pénétrer dans la conscience de la masse certains principes politiques qu'ils considèrent, à tort ou à raison, comme correspondant à des besoins sociaux du pays que l'organisation en vigueur ne satisfait pas ou est impuissante à satisfaire. La classe sociale à laquelle appartiennent ces meneurs, ces « plus forts », selon le mot de Duguit, importe peu. Tantôt ils constituent une noblesse, tantôt un prolétariat agissant, tantôt une bourgeoisie « éclairée » et s'intitulant volontiers libérale; mais toujours leur action est la même, rallier à leurs idées une partie suffisante, en nombre ou en puissance, de la collectivité et s'appuyant sur elle, s'emparer du pouvoir pour établir des institutions plus conformes à ce qu'ils croient être les aspirations du pays.

On a reconnu dans ce bref résumé de l'activité des meneurs le mécanisme de la révolution. Si l'initiative de prendre certaines dispositions allant directement à l'encontre du droit positif émanait des gouvernements légitimes, on se trouverait en face d'un coup d'Etat. Mais quelle que soit la façon dont la règle de droit a été transgressée, la modification qui y a été

apportée ne devient du droit positif que si elle est ratifiée par les gouvernés. Cependant il faut remarquer que s'il s'agit de constituer la première organisation étatique de la collectivité, on ne pourra pas parler de révolution puisqu'il n'existe pas d'ordre juridique antérieur. Cette hypothèse n'ayant guère qu'un intérêt historique, nous l'écartons pour la clarté de l'exposé et dès lors l'intervention de la coutume apparaît dans ce cas comme réunissant tous les caractères d'un coup de force. En effet, les meneurs ne peuvent pas réaliser pacifiquement l'ordre juridique idéal qu'ils conçoivent car cette réalisation exige nécessairement le bouleversement de l'ordre existant et son remplacement par une situation de fait qui, ratifiée tacitement ou expressément, deviendra le germe d'un nouveau régime politique qui aura commencé par s'élaborer coutumièrement (1). Cette convention entre la collectivité et les meneurs peut demeurer tacite ou au contraire se manifester dans un ensemble de règles que les gouvernants, soit qu'ils veuillent augmenter leur prestige, soit qu'ils désirent se plier à une procédure traditionnelle, soumettent à la ratification expresse de la nation. Si la convention reste tacite on assiste à un phénomène dont l'exemple typique est fourni par l'Angleterre où le régime politique est entièrement organisé par des coutumes auxquelles une longue pratique est venue apporter la consécration du temps. Dans ce cas, sans doute, la portée de la coutume est indiscutable, non seulement pendant la période où elle s'est élaborée, mais encore depuis l'époque où elle a suscité l'adhésion du pays : aucun texte écrit n'existant, les règles coutumières prennent le caractère de

(1) Réglađe. *Op. cit.*, p. 151.

lois obligatoires et intangibles auxquelles on ne saurait opposer aucune résistance légitime. Mais c'est là une organisation tout à fait particulière qui ne rentre pas dans le cadre de notre étude.

Ce qu'il importe de retenir de ces quelques observations c'est que la coutume joue un rôle certain dans la formation de l'Etat; c'est elle qui constitue cette évolution quelquefois très lente, souvent considérablement abrégée, qui a amené l'adhésion du nombre aux volontés de quelques-uns et qui, par là, a permis l'établissement d'un nouvel ordre étatique en remplacement de celui qui avait cessé de satisfaire les exigences de la collectivité. Mais une considération s'impose immédiatement, c'est que la coutume, du fait même du résultat vers lequel elle tendait dans l'hypothèse envisagée, se place hors du droit et que, par conséquent, elle ne peut être étudiée par rapport à aucune catégorie juridique. Nous revenons ainsi par un chemin détourné à l'erreur que nous n'avons cessé de combattre et qui consiste à vouloir colorer d'une teinte juridique le fait qui a donné naissance à l'organisation étatique, soit originaire, soit après une rupture dans la continuité de l'ordre juridique.

Le terme même de coutume peut prêter à équivoque car on le fait suivre souvent des mots « source de droit ». Or, comme l'a montré Duguit, la coutume n'est pas une source du droit; il est vrai qu'il ajoute qu'elle est un mode de constatation du droit, affirmation que nous ne pouvons admettre si ce droit constaté est un droit naturel antérieur à l'Etat. La coutume telle qu'on nous la présente est incapable de créer elle-même la norme, elle crée seulement les procédés employés pour la sanctionner. Ainsi, même pour

les partisans d'une coutume constitutionnelle, celle-ci constituerait une règle obligatoire, non parce qu'elle est une source du droit, mais parce que « les procédés qui résultent de l'usage ont pour but et pour effet de réaliser une norme juridique qui est obligatoire par elle-même » (1). C'est donc que la coutume ne tire pas sa force obligatoire d'elle-même, mais de la norme qu'elle tend à sanctionner. Mais quelle est cette norme qui confère à la coutume toute sa valeur ? Cette question nous conduit immédiatement à troquer la toge contre la fêrue du philosophe. Cette norme, dit-on, c'est le résultat d'une opération qui s'est déroulée dans la conscience des individus, elle existe parce qu'ils ont conscience qu'elle doit exister et qu'elle est à la fois la condition et la conséquence de la vie sociale.

Cette explication peut peut-être satisfaire un sociologue mais elle est indifférente au juriste; elle constate en effet l'existence d'une règle morale ou sociale non d'une règle juridique. Qu'elle soit « le produit contingent des faits » nous ne le nions pas, mais elle n'est certainement pas le produit de ce phénomène qu'on appelle l'ordre étatique puisqu'elle se manifeste avant qu'il soit.

Ainsi envisagée dans son rôle de formation de l'Etat, la coutume doit être considérée comme un phénomène d'une réalité certaine mais insusceptible d'une qualification juridique. On peut, certes, lui décerner le titre de coutume constitutionnelle mais en considération de son but, non de sa nature. Aussi bien, on s'explique difficilement l'ardeur de certains auteurs à consacrer dans leurs traités, à un phénomène extra-

(1) Duguit. *Op. cit.*, 2^e éd., t. I, p. 75.

juridique, une place plus considérable que celle qu'occupe l'étude de l'institution établie par l'organisation étatique en vue de réaliser la même tâche mais dans des conditions légitimes et paisibles. Le souvenir des précédents historiques orienterait-il leur pensée jusqu'à les contraindre à envisager des faits qui n'ont qu'une trop fâcheuse tendance à se répéter, comme plus intéressants que les institutions dont ils usurpent le rôle? Ce n'est en tout cas pas une manière de rendre aux institutions juridiques un prestige qui n'appartient qu'à elles.

Pour apporter à l'ordre étatique en vigueur des retouches partielles ou même, nous l'avons vu, pour le changer complètement et lui substituer un régime nouveau, il existe une procédure prévue par la constitution. Or c'est là, il nous semble, une raison suffisante pour que toute activité intervenant en dehors des formes prescrites soit considérée comme illégitime. Qu'on ne dise pas qu'une telle conception aboutit à une insupportable tyrannie formaliste, car il serait facile de répondre qu'aucune réglementation n'est plus insupportable que celle de règle dont on ne connaît pas l'exacte portée et qui, en pratique, entrent en conflit avec des textes positifs. C'est là l'origine de controverses et, peut-être de conflits politiques qu'une disposition écrite eût rendus impossibles. D'autre part, il serait inexact de prétendre que les aspirations des consciences individuelles sont entièrement sacrifiées au respect de règles positives intransgressibles. Dans une procédure telle qu'elle est organisée par nos lois constitutionnelles de 1875 la revision est facile à déclancher et du fait du caractère représentatif de son organisation, les décisions des membres de l'Assem-

blée Nationale ne risquent pas d'être arbitraires. Elles seront, en définitive, concordantes avec les idées moyennes et les besoins constatés de la population. On a une tendance à trop sous-estimer la valeur du contrôle exercé par l'élection : les regrettables surenchères démagogiques auxquelles se livrent parfois les membres du Parlement prouvent que le souci de contenter l'électeur est rarement absent chez l'élu, du moins sait-il que s'il prend une décision qui contredit le désir de la majorité de ceux qui l'ont porté au pouvoir, il aura à s'en justifier devant elle sous peine de perdre son suffrage.

Nous devons maintenant envisager le rôle de la coutume dans la formation d'un régime nouveau par la voie révolutionnaire, mais dans la transformation pacifique de l'Etat. Dans cette hypothèse l'évolution coutumière se produit non pas à l'encontre de la règle de droit mais parallèlement à l'action de celle-ci. C'est un fait dont l'évidence est certaine qu'une constitution si rigide soit-elle ne doit pas demeurer immuable. Pour durer elle doit s'adapter aux changements qui transforment peu à peu la vie sociale; les institutions dont elle précise l'organisation seront ainsi amenées soit à perdre leur raison d'être, soit au contraire à recevoir, du fait des circonstances, un rôle pour lequel initialement elles n'étaient pas prévues. Par conséquent si le droit positif tarde à se mettre en accord avec les exigences toujours nouvelles de la vie, la coutume interviendra pour réaliser cette adaptation. Les lois n'établissent pas un état de choses qui doit rester immuable « tant qu'elles n'ont pas fait l'objet d'une revision...; la coutume intervient non seulement pour compléter les textes un peu brefs, mais encore pour les déformer et les corriger » (1).

(1) Carbon, *La pratique constitutionnelle de la France*, p. 1.

A côté des gouvernements qui détiennent la puissance publique il y a les gouvernants qui dominent l'opinion. « Ce serait, en effet, une vue superficielle des choses que de considérer comme seuls gouvernants ceux qui détiennent la puissance publique et, à ce titre, élaborent la règle juridique. D'autres détiennent la puissance religieuse et édictent des règles morales jugées obligatoires par les adeptes de leur religion. D'autres ont, avec la richesse ou le travail, la puissance économique et s'efforcent de la développer. D'autres ont conquis un suprématie intellectuelle et, par le crédit qui leur est fait, dirigent l'opinion publique. Chacune de ces puissances tend à défendre, améliorer, reviser l'ordre juridique positif... » (1). D'autre part, il se produit un accord entre les détenteurs du pouvoir; les uns ayant une conscience précise de la transformation qu'il importe d'opérer, s'efforcent de rallier les autorités moins avisées et qui ont un sens moins aigu des nécessités constitutionnelles. C'est de cet accord que naît la règle constructive qui viendra suppléer aux lacunes de la constitution en mettant en œuvre une norme idéale telle que se la représentent les détenteurs du pouvoir ou ceux dont ils servent les idées (2).

Ainsi qu'on l'a fait remarquer la coutume se présente avec un caractère conventionnel. « Faut-il dire que la coutume est un contrat tacite? Disons seulement qu'elle est la manifestation d'un équilibre lentement établi entre des intérêts souvent divergents ou contraires, une sorte de moyenne ou de compromis résultant non d'un consentement absolument libre

(1) E. Ripert. *Ann. de la Faculté de Droit d'Aix*. Nouv. série, n° 1, 1918, p. 43.

(2) Réglaude. *Op. cit.*, p. 160.

donné au point de vue idéal, mais d'une acception implicite supposée par les actes de chacun » (1). C'est en parlant de cette convention entre les détenteurs du pouvoir et les gouvernés qu'on veut montrer la force obligatoire de la coutume à laquelle elle a donné naissance. Sans doute aussi longtemps qu'elle a régné à peu près seule à une époque où elle constituait l'unique source du droit positif, la puissance créatrice de la coutume n'était pas discutable. Tout autrement s'est présentée la question du jour où le droit écrit occupa une place de plus en plus large à côté du droit coutumier. C'est alors, comme le remarque M. Génv, « qu'on s'avisa de scruter les titres de celui-ci et qu'on cru nécessaire d'en vérifier l'autorité » (2). De cette coexistence de la coutume et de la loi écrite on put déduire aisément les causes qui donnaient à celle-là sa force obligatoire. En effet, du moment que l'on accepte comme un fait indiscutable l'autorité souveraine du législateur, il est facile de justifier la coutume en la considérant « comme une sorte de loi tacitement consentie ». Ainsi comprise la coutume apparaît comme une manifestation implicite de la volonté du législateur, et toute sa force lui vient de cette approbation tacite, de la même façon que c'est la volonté expresse de celui-ci qui confère à la loi écrite la puissance formelle. Ce n'est pas le lieu de faire la critique de cette conception dont l'inexactitude historique fut clairement démontrée par M. Génv. Il suffit de noter qu'elle conduit à faire de la coutume une sorte de loi

(1) J. Caruot, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908, p. 169.

(2) Génv, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1919, t. I, p. 335.

secondaire née dans un domaine où le législateur aurait abandonné ses prérogatives.

Duguît répudie cette notion de la coutume qu'à juste titre il prétend provenir des pratiques du droit romain, pour ne considérer la coutume que comme le procédé selon lequel, avant toute modification législative, sera mise en œuvre une norme existant déjà dans les consciences individuelles. Dès lors ce qui fait la force obligatoire de la coutume c'est qu'elle vient découvrir et mettre en pratique la norme suivant laquelle doivent être organisés les pouvoirs publics (1). Ainsi les « conventions de la constitution » ne seraient pas seulement des préceptes de moralité politique ainsi que l'affirme Dicey, (2), dont la violation n'est pas à proprement parler une illégalité, mais de véritables règles juridiques qui ne sauraient être enfreintes sans exposer l'auteur de l'infraction à des sanctions qui ont, elles aussi, le caractère juridique.

On ne saurait, sans faire preuve d'un ostracisme outrancier, dénier, au nom de la seule puissance de la règle de droit, à la coutume ainsi comprise, une valeur et une utilité qui sont certaines. Lorsque les rapports sociaux deviennent de plus en plus complexes la technique juridique exige des procédés de plus en plus minutieux et il ne pourrait être question de n'attribuer une portée juridique qu'aux seules règles positives, nécessairement générales qu'organisent le fonctionnement des pouvoirs publics. Il est opportun de laisser aux organes auxquels incombe le devoir de les mettre en œuvre, une certaine liberté d'appréciation quant à la façon dont la règle générale de-

(1) Duguît. *Op. cit.*, 2^e éd., t. I, p. 80.

(2) Dicey. *Op. cit.*, p. 322 et suiv.

vra être interprétée. En outre personne ne méconnaît la nécessité qui s'impose, avant l'élaboration de toute loi dont les dispositions sont susceptibles de lier étroitement la collectivité, de laisser passer une période préparatoire pendant laquelle l'opinion sera en quelque sorte auscultée et à l'expiration de laquelle le texte positif se dégagera clairement des besoins constatés de la population. C'est ici que la coutume interviendra pour empêcher que, faute d'une réglementation, des questions peut-être vitales demeurent en suspens. Mais est-ce à dire que cette pratique coutumière s'impose avec la même vigueur que les dispositions positives et surtout que les textes constitutionnels ? Il ne le semble pas.

En effet dans un régime constitutionnel qui consacre la supériorité de la règle de droit, cette valeur renforcée n'appartient qu'aux dispositions de la constitution. Selon le but que Duguit lui-même reconnaît à la coutume, elle ne joue qu'un rôle essentiellement provisoire. Elle permet de pallier aux lenteurs du mécanisme législatif en faisant face immédiatement aux nécessités changeantes de la vie quotidienne; mais en même temps il ne faut pas oublier que les solutions qu'elle consacre n'ont de valeur que par leur caractère intreprétatif. Sans doute elles tirent leur origine des aspirations des consciences individuelles, mais cette origine serait, à elle seule, impuissante à leur conférer une force juridique obligatoire si par ailleurs elles n'apparaissaient pas comme corrélatives à une règle positives qu'elles viennent interpréter. Certes il faut donner dans ce cas au terme interprétation une acception fort étendue qui dépendra des nécessités présentes, mais il n'en reste pas moins que la coutume

n'équivaudra à une norme juridique impérative que dans la mesure où elle aura pour base une disposition écrite de la constitution car c'est à ce titre seulement que l'évolution coutumière pourra être intégrée dans l'ordre normatif en vigueur. C'est pourquoi nous ne pouvons nous rallier entièrement à l'affirmation de M. Carré de Malberg lorsqu'il écrit : « Toutes les fois que les auteurs en sont réduits à invoquer la coutume pour justifier un état de choses établi en fait, cela revient à dire que cet état de choses manque de base en droit » (1). S'il en était ainsi nous n'aurions pas, en tant que juriste, à nous intéresser au développement de la coutume puisqu'elle apparaîtrait comme totalement extérieure à l'ordre juridique. Au contraire, la coutume, ainsi que nous venons d'en préciser les modalités nous apparaît comme un phénomène juridique indéniable; seulement il importe d'en limiter strictement la portée et, ce faisant, nous ne ferons que nous conformer à l'enseignement de l'histoire qui montre que le progrès de l'organisation étatique fut constitué en grande partie par la substitution de la loi positive écrite à la pratique coutumière des époques antérieures.

Du reste il convient d'observer que dans un régime étatique consacré par une constitution écrite il est juridiquement inexact de parler du silence de la constitution, car, si concise soit-elle, elle a du moins prévu les organes auxquels il appartiendra de légiférer sur les matières qu'elle ne traite pas. Dès lors il n'existe aucune question où la coutume puisse intervenir à titre initial en consacrant des solutions qui tireraient leur force obligatoire de sa seule puissance. Ainsi à ce

(1) Carré de Malberg. *Op. cit.*, t. I, p. 683.

premier point de vue les dispositions coutumières apparaissent comme subordonnées — dépendance qui en certains cas peut être très lâche — à la règle de droit. Mais la pratique coutumière apparaît encore avec ce caractère secondaire à un autre point de vue qui nous intéresse plus spécialement ici. En effet, du moment que nous avons constaté que le rôle de la coutume doit consister uniquement à donner en quelque sorte à la règle générale un contenu plus individualisé, en l'interprétant dans le sens où les nécessités sociales l'exigent, il résulte qu'elle ne peut pas aller à l'encontre de la règle de droit car nous serions ainsi ramené à l'aspect révolutionnaire de la coutume que nous avons étudié au début de ces développements et la coutume manquerait de fondement juridique.

Ainsi la coutume ne peut pas aller à l'encontre des règles constitutionnelles parce que d'une part, son activité n'est légitime que dans la mesure où elle leur demeure subordonnée et que, d'autre part, un organe est prévu pour modifier dans les formes légales les textes qui ne concorderaient plus avec les besoins généraux ressentis par la collectivité. Par là on comprend toute l'inexactitude de l'assimilation que l'on a voulu tenter entre la coutume et l'action de l'organe de revision. Assimilation qui, bien entendu, se tournait à l'encontre de l'organe de revision. En effet, s'appuyant sur les avantages que présente la pratique des conventions constitutionnelles on était vite arrivé à ne considérer l'organe de revision que comme un rouage encombrant, formaliste et inutile. Pourquoi mettre en mouvement cette procédure lente et solennelle alors que par une convention tacite entre les gouvernants et les gouvernés on pourrait arriver à

adapter les institutions aux nécessités acquises de l'évolution sociale ? Le résultat est identique et en outre l'évolution coutumière établit entre les institutions et la vie une concordance plus parfaite que celle que pourrait réaliser l'Asemblée Nationale, car à moins que celle-ci ne siège en permanence, les textes qu'elle votera seront toujours débordés par la vie. Sans doute cette argumentation est séduisante, mais en face de la question qu'elle pose on peut en poser une autre. Pourquoi, puisque la coutume présente des avantages aussi certains, existe-t-il une organisation constitutionnelle consacrée dans un ensemble de textes écrits ? Laisser tomber en désuétude l'organe de revision en substituant à son activité celle de la coutume n'est-ce pas remettre toute l'organisation étatique à ces conventions tacites qui, sans conteste, sont très utiles et mêmes recommandables lorsqu'il s'agit de donner aux institutions une souplesse permettant de les plier aux exigences de la vie politique, mais qui se révéleraient bien vite comme impuissantes et même dangereuses si on les érigeaient au rang de créateur des règles fondamentales.

Tous les pays ne possèdent pas comme l'Angleterre de coutumes constitutionnelles séculaires et en France en particulier, le souvenir des régimes successifs, qui, depuis cent cinquante ans ont marqué notre histoire constitutionnelle, est encore trop précis pour qu'on puisse laisser à des simples conventions tacites le soin de décider du statut fondamental de l'Etat. Aussi bien le caractère français s'accommoderait mal d'une semblable méthode, il est trop porté vers la clarté et la logique pour supporter la domination de règles qui, au début du moins, seraient imprécises et mal con-

nues. Quitte à s'exposer aux risques que présente une constitution trop rigide, le système de la loi écrite nous paraît infiniment préférable et socialement supérieur à celui des conventions de la constitution. Mais ces avantages apparaissent encore plus clairement lorsque, comme c'est le cas pour nos lois de 1875, la constitution, par sa concision et sa brièveté, a su écarter le danger inhérent aux constitutions rigides lorsqu'elles sont trop touffues. En effet le système établi en 1875 réalise un équilibre harmonieux entre la nécessité d'un statut fondamental précis et la possibilité d'une adaptation rapide des institutions aux nécessités pratiques. Par son laconisme, notre constitution laisse une large place à l'initiative du législateur ordinaire, mais en même temps par l'institution d'une procédure spécialement prévue par la modification des bases fondamentales du régime elle place celui-ci hors d'atteinte des mouvements irréfléchis de la collectivité.

Sans doute par suite de son caractère même, la coutume peut empiéter sur le domaine où seule est légitime l'intervention de l'organe prévu pour le règlement. Sans doute encore l'empiètement peut durer si longtemps que lorsque le législateur constitutionnel voudra intervenir pour faire respecter ses droits, il sera trop tard, et il ne lui restera qu'à consacrer la situation que le consentement unanime des citoyens avait fait naître. Cependant, il ne faudrait pas en conclure à une dictature ininterrompue des circonstances; si quelquefois elle se manifeste c'est que le droit n'a pas rempli avec vigilance le rôle qui est sien; c'est qu'il a laissé les faits prendre sur lui une avance qu'il pourra difficilement réduire. Il en est du droit et des faits comme de la philosophie et de la religion au

Moyen-Age : les règles de l'étiquette sont imprécises quant à la question de savoir lequel a le pas sur l'autre. Nous ne prétendons pas trancher ici cette épineuse controverse. Si l'on fait passer le droit le premier, songeons que, d'habitude, le maître marche en tête du cortège; que si au contraire on ne lui laisse que la seconde place, réjouissons-nous en pensant que souvent le maître se fait précéder par son serviteur. Mais en cette occurrence, il ne faut pas que le maître tarde trop, car loin de son regard le valet docile deviendra bien vite un ribaud insubordonné.

De telles constatations sont peut-être utiles au seuil des études de droit ; elle convient à un salutaire scepticisme quant à la valeur de l'armature juridique des institutions. Elles montrent que les faits peuvent se passer du droit, l'organisation sociale, durer sans lui; et un tel enseignement ne porte pas seulement la valeur négative d'un acte d'humilité, il incite le juriste à quitter le facile domaine de l'abstrait pour discipliner la vie qui, malgré tout, hors de droit, ne saurait être harmonieuse.

Vu, le doyen de la Faculté,

BERTHELEMY.

Vu, le Président de la thèse,

MESTRE.

Vu et permis d'imprimer,

6 janvier 1930.

Le Recteur de l'Académie de Paris,

CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

BIBLIOGRAPHIE

- ARNOULT, G. — *De la revision des constitutions. Etablissement et revision des constitutions françaises. Systèmes de revision des constitutions étrangères.* Thèse, Nancy 1895. Arthur Rousseau, éditeur.
- AUFFRAY. — *Etude sur la facilité de revision de notre constitution de 1875.* Thèse Rennes 1908.
- BARD ET ROBIQUET. — *La constitution française de 1875 étudiée dans ses rapports avec les constitutions étrangères.* 2^e éd. Paris, Thorin 1878.
- BARTHÉLEMY J. — *Le gouvernement de la France. Tableau des institutions politiques, administratives et judiciaires de la France contemporaine.* Paris, Payot et C^{ie} 1919, in-8°, 251 p.
- BARTHÉLEMY J. ET DUEZ. P. — *Traité élémentaire de Droit constitutionnel.* Paris, Dalloz 1926, in-8° 713 p.
- DE LA BIGNE DE VILLENEUVE M. — *Traité général de l'Etat. Essai d'une théorie réaliste de droit politique.* Préface de L. Lefur. Paris, Sirey 1929, in-8°, 626 p.
- BORGEAUD. — *Etablissement et revision des constitutions en Amérique et en Europe.* Paris, Thorin 1893, 419 p.
- DE BOUSQUET DE FLORIAN H. — *De la revision des constitutions.* Thèse, Paris 1891.
- CARBON. — *La pratique constitutionnelle de la France.* Thèse, Montpellier 1926.
- CARRÉ DE MALBERG R. — *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français.* Paris, Sirey 1920-22. 2 vol. in-8°.
- CLERMONT-TONNERRE. — *Analyse de la constitution de 1791.*
- DUEZ P. — *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit.* Thèse, Lille 1914.
- DUGUIT E. — *Traité de Droit constitutionnel.* Paris, Fontemoing 1911, 2 vol. in-8°.

- DUGUIT E. — *Traité de Droit constitutionnel*. 2^e éd. Paris, E. de Boccard 1924, 5 vol. in-8°.
- *Traité de Droit constitutionnel*. 3^e éd. Paris, E. de Boccard 1927-1928, t. I et II, in-8°.
- DUGUIT ET MONNIER. — *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*. 3^e éd. Paris, E. Pichon 1915.
- ESMEIN A. — *Eléments de Droit constitutionnel français et comparé*. 7^e éd. revue par H. Nezard. Paris, Sirey 1921, 2 vol. in-8° et 8^e éd. 1927-1928.
- FONTENEAU. — *Du pouvoir constituant en France et de la revision constitutionnelle dans les constitutions françaises depuis 1789*. Thèse, Caen 1900.
- GÉNY. — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2^e éd. Paris 1919, t. I.
- HANOTEAUX. — *Le gouvernement de M. Thiers*. Paris 1925. Plon-Nourrit et C^{ie}. 2 vol. in-8°.
- HAURIOU M. — *La souveraineté nationale*. Paris, Sirey 1912, in-8°.
- *Précis de Droit constitutionnel*. 1^{re} éd. Paris, Sirey, 1923.
- *Précis élémentaire de Droit constitutionnel*. Paris, Sirey 1930.
- JELLINEK G. — *L'Etat moderne et son droit*. Trad. française par Georges Fordis. Giard 1911-1913, 2 vol. in-8°.
- KELSEN H. — *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat* (extrait de la Revue du droit public, octobre 1926). Paris, Giard 1927, 94 p.
- *La garantie juridictionnelle de la constitution* (extrait de la Revue de droit public, avril 1928). Paris, Giard 1928, 61 p.
- LABAND P. — *Le droit public de l'Empire allemand*. Edition française et mise au courant de la dernière législation par l'auteur. Trad. de C. Gandilhon et Savinien Bouyss. Paris, Giard et Brière 1900-1904, 6 vol. in-8° t. I.
- LA CHAPELLE. — *La revision de la constitution*. Brochure. Pichon 1902.
- LABOULAYE. — *Questions constitutionnelles*. Paris, Charpentier 1872.
- DE LA GORCE P. — *Charles X*. Plon 1926, in-8°.
- LEFÈVRE CH. — *Etudes sur les lois constitutionnelles de 1875*. Paris, A. Chevalier Mareseq 1882, in-8°, 251 p.

LEPETIT. — *Propositions de revision des lois constitutionnelles émanant de l'initiative parlementaire depuis 1884.* Thèse, Paris 1901.

DE MAISTRE J. — *Considérations sur la France. Essai sur le principe générateur des constitutions politiques.* Nouv. librairie nationale 1907.

MOREAU Félix. — *Précis élémentaire de Droit constitutionnel.* 2^e éd. Paris, Sirey 1928, in-8°, 533 p.

PIERRE Eugène. — *Traité de droit politique et parlementaire.* 4^e éd. et suppléments. Paris. Librairies imprimeries réunies 1919.

REDSLOB R. — *Le régime parlementaire.* Paris, Giard 1924, 356 p.

REGLADE M. — *La coutume en droit public interne.* Thèse, Bordeaux 1919.

STENFORT F. — *Du pouvoir constituant et de la revision.* Thèse Rennes 1896.

ZOLLINGER. — *L'Assemblée Nationale de 1871 et son œuvre constituante.* Thèse, Dijon 1911.

Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger. (Citée R. D. P.).

BARTHÉLEMY J. — *La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la monarchie de Juillet.* R. D. P. 1909, p. 5.

BERTHÉLEMY. — *Le fondement de l'autorité politique.* R. D. P., 1915, p. 662.

JÈZE G. — *De la promulgation.* R. D. P., 1918, p. 378.

MAGNAN DE BORNIER. — *Les résolutions des Chambres.* R. D. P., 1925, p. 490.

MIRKINE GUETZEVITCH. — *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel moderne.* R. D. P., 1923, p. 13.

TAMBARO. — *Le principe organique de la constitution politique.* R. D. P., 1907, p. 211.

TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIERES

AVANT-PROPOS	IX
INTRODUCTION	XIII
CHAPITRE I. — De la revision de la constitution considérée comme inséparable d'un ordre statutaire préétabli	4
<i>Section I.</i> — Doctrine de Sieyès sur un pou- voir constituant libre de toute forme	8
<i>Section II.</i> — Doctrine de J.-J. Rousseau sur pouvoir constituant lié par la procédure prévue par l'acte constitutionnel en vi- gueur	33
<i>Section III.</i> — Que le pouvoir de revision ne peut être étudié que par rapport à un or- dre juridique antérieur	34
CHAPITRE II. — De la nature du pouvoir de revi- sion	51
<i>Section I.</i> — L'activité étatique caractérisée par la règle à laquelle elle se rapporte . .	52
<i>Section II.</i> — Fonctions et pouvoirs	59
<i>Section III.</i> — Pouvoir constituant et pou- voir de revision	74
§ 1 ^{er} . — La doctrine traditionnelle du pouvoir constituant	74

§ 2. — Le pouvoir de revision envisagé par rapport à la hiérarchie des normes étatiques	89
I. — Que le pouvoir de revision n'est pas d'une autre nature que celui que mettent en œuvre les diverses autorités étatiques	90
II. — Comment expliquer la force su- périeure qui s'attache aux dispositions de la législation constitutionnelle	93
CHAPITRE III. — De la spécialité de l'organe cons- tituant dans les constitutions françaises antérieures à 1875. — Abandon de ce principe par nos lois constitutionnelles actuelles	103
<i>Section I.</i> — La spécialité de l'organe cons- tituant dans les constitutions antérieures à 1875	105
§ 1 ^{er} . — Revision par une assemblée cons- tituante	109
§ 2. — Revision comportant une initia- tive ou une ratification populaire	112
§ 3. — Les constitutions impériales	119
§ 4. — Les Chartes	122
<i>Section II.</i> — Abandon par la constitution de 1875 du principe traditionnel en droit français touchant la distinction du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués	131
* CHAPITRE IV. — La procédure de revision d'après les lois constitutionnelles de 1875	160
<i>Section I.</i> — Pouvoirs et rôle des Chambres quant à l'ouverture de la revision	161
§ 1 ^{er} . — De l'initiative de la revision . .	165

§ 2. — De la déclaration portant qu'il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles.	171
<i>Section II. — L'Assemblée Nationale en tant qu'organe constituant</i>	183
§ 1 ^{er} . — Composition et fonctionnement de l'Assemblée Nationale	183
§ 2. — Rapports entre l'Assemblée Nationale et les Chambres	197
§ 3. — De la compétence de l'Assemblée Nationale	213
CHAPITRE V. — Etendue des pouvoirs de l'Assemblée Nationale	231
<i>Section I. — L'Assemblée Nationale ne possède pas d'autres pouvoirs que ceux qu'elle met en œuvre pour effectuer la revision</i>	231
<i>Section II. — Les pouvoirs de l'Assemblée Nationale sont-ils limités par les résolutions antérieures des Chambres ?</i>	234
§ 1 ^{er} . — La théorie des pouvoirs limités de l'Assemblée Nationale	236
§ 2. — La théorie des pouvoirs illimités de l'Assemblée Nationale	265
§ 3. — L'étendue des pouvoirs de l'Assemblée Nationale déterminée par la place des règles qu'elle pose dans la hiérarchie des normes étatiques	287
APPENDICE. — La jurisprudence constitutionnelle sur la question de l'étendue des pouvoirs de l'Assemblée Nationale	303
CONCLUSION. — La revision et la coutume constitutionnelle	317
BIBLIOGRAPHIE	341

